DER STRAFRECHTLICHE SCHUTZ DER GLAUBENS- UND KULTUSFREIHEIT

(Art. 261 StGB)

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER WÜRDE
EINES DOKTORS BEIDER RECHTE

VORGELEGT DER HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT
DER UNIVERSITÄT BERN

VON

FÜRSPRECHER DORA BÜHRER
VON SCHAFFHAUSEN

*

Buchdruckerei Vogt-Schild A.-G., Solothurn
1943

Die Fakultät hat diese Arbeit am 6. Februar 1942 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Ernst Delaquis als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung zu nehmen.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis

Seite

Vorwort 9

Einleitung 11

Die verfassungsrechtlichen Grundlagen 11

Ist die Glaubensfreiheit strafschutzwürdig? 14

Bundesverfassungsrecht oder schweizerisches StG? 16

Vorbehalte zugunsten kantonaler Gesetzgebungskompetenz? . . . 17

Die Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit (Art. 261) 19

A. *Die Systematik oder die Frage nach dem Schutzobjekt* 19

B. *Abs. 1* 22

I. Die Ueberzeugungen in Glaubenssachen 22

II. Die strafbare Tätigkeit 31

III. Die Modalitäten der strafbaren Tätigkeit 41

IV. Der subjektive Tatbestand 44

C. *Abs. 2* 50

I. Die verfassungsmässig gewährleistete Kultushandlung . . . 50

II. Die strafbare Tätigkeit 56

III. Der subjektive Tatbestand 58

D. *Abs. 3* 60

E. *Die Strafe* 62

Literaturverzeichnis

Aebli Fritz, Die Religionsdelikte in ihrer geschichtlichen Entwicklung, ihre Behandlung im geltenden Recht mit Berücksichtigung der deutschen und schweizerischen Strafgesetzesentwürfe, Diss. Zürich 1914.

Beling Ernst, Die Beschimpfung von Religionsgesellschaften, religiösen Einrichtungen und Gebräuchen, und die Reformbedürftigkeit des § 166 StGB, Festgabe für Felix Dahn, III. Teil: Recht der Gegenwart, Breslau 1905, S. 1 ff.

Bruns Georg Viktor, Die Religionsvergehen im künftigen deutschen Strafrecht unter Zugrundelegung des Entwurfs von 1927, Diss. Tübingen 1932.

Burckhardt Walther, Kommentar der Schweiz. Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl. Bern 1931.

Clerc François, Les Principes de la Liberté Religieuse en Droit Public Suisse, Thèse Genève 1937.

Ettinger Ignaz, Zur Lehre von den Religionsvergehen, Strafrechtl. Abh., hrg. von v. Lilienthal, Heft 203, Breslau 1919.

Feder Ernst, Die Religionsvergehen im deutschen Strafgesetzentwurf, Festschrift Franz von Liszt, Berlin 1911, S. 54 ff.

Fleiner Fritz, Schweiz. Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923.

Freuler Franz, Die Kultusfreiheit und die Kultuspolizei im Bunde und in den Kantonen, Diss. Fribourg 1908.

Glaser Fritz, Die Religionsdelikte nach dem Vorentwurfe und nach dem Gegenentwurfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Zeitsch. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. 33 (1912), S. 825 ff.

Höner Heinz, Die Religionsdelikte im geltenden und künftigen Recht, Diss. Göttingen 1935.

Kahl Wilhelm, Religionsvergehen, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, III. Bd. (zit.: *VDB*), S. 1 ff., Berlin 1906.

— Störung des religiösen Friedens und der Totenruhe, Festschrift für Heinrich Brunner (1914), S. 231 ff.

— Strafrechtsreform und Religionsschutz, Festgabe für Reinhard von Frank, II. Bd., S. 287 ff., Tübingen 1930.

Kern Eduard, Die Aeusserungsdelikte, Tübingen 1919.

König Emil, Die Religionsdelikte nach den kantonal-schweizerischen Strafgesetzen. Eine Vorarbeit zum Eidg. Strafgesetzbuch, Strafr. Abh., Heft 195, Breslau 1917.

Kohlrausch Eduard, Die Beschimpfung von Religionsgesellschaften. Ein Beitrag zur Strafrechtsreform, Tübingen 1908.

Korner Hans, Das Recht der freien Meinungsäusserung im Verhältnis zu den Forderungen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit mit besonderer Berücksichtigung der Praxis des schweizerischen Bundesstrafgerichtes, Diss. Fribourg 1937.

Lampert Ulrich, Kirche und Staat in der Schweiz. Darstellung ihrer rechtlichen Verhältnisse. I. Bd., Basel und Fribourg 1929.

Langhard Johann, Die Glaubens- und Kultusfreiheit nach schweizerischem Bundesrecht, Diss. Bern 1888.

Lorétan André, Le Délit Religieux. Etude historique et critique du délit religieux et de ses théories juridiques, Diss. Bern 1926.

Müller K., Die Religionsverbrechen im Entwurfe zu einem schweizerischen Strafgesetzbuche, Schweiz. Zeitsch. für Strafrecht (zit.: *Z*), 17. Jg.. (1904), S. 10 ff.

Protokoll der zweiten Expertenkommission (über den Vorentwurf 1908 zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch), IV. Bd., (zit.: *Prot. 4*), Luzern 1915.

Reichel Hans, Der Leipziger Tolstojprozess in seiner Bedeutung für die Judikatur zum § 166, Punkt II, des Reichsstrafgesetzbuches, Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht, 3. Folge, 13. Bd. (1903), S. 104 ff.

von Rohland Woldemar, Historische Wandlungen der Religionsverbrechen, Festschrift der Universität Freiburg i. Br., S. 121 ff., Freiburg 1902.

von Salis L. R., Die Religionsfreiheit in der Praxis. Vortrag gehalten in der Plenarversammlung der juristischen Gesellschaft zu Wien den 30. März 1892, Bern 1892.

— Die Entwicklung der Kultusfreiheit in der Schweiz. Festschrift, dem Schweiz. Juristenverein bei seiner Versammlung in Basel im Jahre 1894 überreicht von der Juristischen Fakultät der Universität Basel, Basel 1894.

— Schweizerisches Bundesrecht. Staats- und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung seit dem 29. Mai 1874. Im Auftrage des Bundesrates bearbeitet. III. Bd. Bern 1903.

von Salis, Burckhardt Walter, dasselbe, seit 1903, II. Bd., Frauenfeld 1930.

Samuely A., Artikel 50 der Schweiz. Bundesverfassung vom 29. Mai 1874. Gutachten, im Auftrage des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes erstattet, Bern 1875.

Schrag Carl Herbert, Gefühlszustände als Rechtsgüter im Strafrecht, Diss. Bern 1936.

Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Amtliches. (Zit.: *StenBull* nach Band und Seitenzahl der Jahrespublikationen: NatR = Nationalrat; StR = Ständerat).

Stooss Carl, Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, im Auftrage des Bundesrates vergleichend dargestellt, 2 Bde., Basel und Genf 1892/1893.

— Die Religionsdelikte im schweizerischen Strafgesetzentwurf, Schweiz. Zeitsch. f. Strafrecht, 17. Jg. (1904), S. 163 ff.

Studer Bernhard, Der konfessionelle Friede. Begriff und Stellung im öffentlichen Recht des Bundes und der Kantone, Diss. Fribourg 1924.

Thormann Philipp und *v. Overbeck Alfred*, Das Schweiz. Strafgesetzbuch (Kommentar), S. 343 ff., Zürich 1938.

Verhandlungen der vom Eidg. Justiz- und Polizeidepartement einberufenen Expertenkommission über den Vorentwurf zu einem Schweiz. Strafgesetzbuch, II. Bd. (zit.: *Verh. 2*), Bern 1896.

Villiger Leo, Die Religionsdelikte in historisch-dogmatischer Darstellung mit Berücksichtigung des schweizerischen Rechts, Diss. Bern 1894.

Vogt Gustav, Bundesrecht, Vorlesung im Wintersemester 1889/1890. Religionsfreiheit (Als Manuskript gedruckt), 1890, o. O.

Wach Adolf, Die Beschimpfung von Religionsgesellschaften, Deutsche Zeitsch. für Kirchenrecht, 3. Folge, 2. Bd., 1892, S. 161 ff.

Weider Emil, Der strafrechtliche Schutz der Religion. Eine kritische Studie zu den Entwürfen eines schweizerischen Strafgesetzbuches mit einer historischen Einleitung, Diss. Bern 1916.

Wyler Fritz, Die staatsrechtliche Stellung der israelitischen Religionsgenossenschaften in der Schweiz, Diss. Zürich 1929.

Zürcher Emil, Schweiz. Strafgesetzbuch. Erläuterungen zum Vorentwurf vom April 1908. Im Auftrag des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements verfasst. Bern 1914.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit stellt sich zur Aufgabe, Art. 261 StGB, der die gemeinhin als Religionsdelikte bezeichneten strafbaren Handlungen behandelt, dogmatisch darzustellen. Unseres Wissens fehlt es noch an einem solchen systematisierenden Versuch zum schweizerischen Recht. Betrachtet man die diesem Thema in der schweizerischen Strafrechtsliteratur gewidmeten Monographien — es handelt sich meistens um Doktordissertationen —, so fällt deren geringe Zahl auf. In den bald 50 Jahren seit dem Erscheinen der Dissertation von *Villiger* (1894) sind die Religionsdelikte etwa ein halbes dutzendmal Gegenstand monographischer Darstellung geworden. Im Hinblick auf unsere spezielle Aufgabe einer dogmatischen Behandlung des geltenden Rechts, ist die Ausbeute an ähnlich gerichteten Untersuchungen noch geringer. So ist die Arbeit von *Weider* (1916) vorwiegend historisch orientiert, *Aebli* (1914) behandelt in der Hauptsache deutsches Recht, *Lorétan* (1926) bezweckt, wie der Untertitel seiner Abhandlung besagt, eine historisch-kritische Darstellung des Religionsdeliktes und dessen Theorien, *Clerc* (1937) will Verfassungsrecht darstellen und nur nebenbei die Religionsdelikte. Im Rahmen der Schrift von *Studer* (1924) über den konfessionellen Frieden halten sich Verfassungsrecht bzw. staatspolitische Ausführungen und Strafrecht ungefähr die Waage. Im ersten Band des staatskirchenrechtlichen Werkes von *Lampert* (1929) nimmt die Behandlung der Religionsdelikte naturgemäss einen bescheidenen Platz ein, für die strafrechtliche Abhandlung von *Schrag* (1936) ist mit Rücksicht auf das allgemeiner gefasste Thema das gleiche festzustellen. Unserer Problemstellung am näch-

sten kommt einzig *König* (1917), der neben den kantonal-schweizerischen Strafrechten und der verfassungsrechtlichen Praxis des Bundesrates und Bundesgerichtes eine beachtenswerte «Vorarbeit zum Eidg. Strafgesetzbuch» liefert.

In dieser Sachlage glauben wir Berechtigung wie Zweckmässigkeit unseres Vorhabens zu finden, die Religionsdelikte des geltenden schweizerischen Strafgesetzes zum Mittelpunkt von Untersuchungen zu machen. Wir geben keinen Ueberblick über die historische Entwicklung der Religionsdelikte (vgl. hiezu namentlich v. *Rohland* und *Kahl*, VDB 9 ff.). Wir sehen ferner ab von einer Darstellung der auf 1. Januar 1942 ausser Kraft getretenen kantonalen Strafbestimmungen, zumal eine solche bereits verschiedentlich gegeben wurde, neben *Stooss* (Grundzüge II 184 ff.), besonders eingehend von *König* (S. 100—154), ebenso etwa *Studer* (110—139). Auf die kantonalen Gesetze und die kantonale Judikatur wird nur zurückzugreifen sein, wo dies zum besseren Verständnis des geltenden Rechts wünschenswert erscheint. Aus den gleichen Erwägungen heraus wird die ausserordentlich reichhaltige Doktrin und Praxis zum deutschen Reichsstrafgesetzbuch herangezogen, ohne dass also eine Rechtsvergleichung beabsichtigt wäre. Hingegen werden die gesetzgeberischen Vorarbeiten ausführlich zu berücksichtigen sein, allerdings nicht in chronologischer Reihenfolge, vielmehr unterstellt den die Materie beherrschenden systematisierenden Gesichtspunkten. Dass auch die Praxis des Bundesgerichtes, wie die ihr vorangegangene des Bundesrates zu den unser Gebiet beschlagenden verfassungsrechtlichen Artikeln 49 und 50 in die Darstellung einzubeziehen sei, ist selbstverständlich. Es geschieht dies aber auch hier nur soweit es für den Zweck unsrer Untersuchung förderlich erscheint.

Einleitung

Die verfassungsrechtlichen Grundlagen.

Mit den Religionsdelikten betreten wir ein schwieriges, problemreiches Sachgebiet. Jeder Gesetzgeber, der dessen Regelung an die Hand nimmt, hat für die konkrete Gestaltung des Religionsstrafrechts auf die jeweiligen rechtlichen Verhältnisse und Beziehungen zwischen Staat und Kirche Rücksicht zu nehmen.[1] Die Grundlage, auf der der schweizerische Strafgesetzgeber die Religionsdelikte zu ordnen hatte, sind die Art. 49 und 50 der BV vom 29. Mai 1878. Sie gewährleisten die Individualrechte der Glaubens- und Gewissensfreiheit in dreifacher Richtung:

1. Die *Freiheit*, eine auf die Religion bezogene *Ueberzeugung zu haben*, sei sie positiv oder negativ. Es bedeutet dies zunächst die Ablehnung jeglichen religiösen Zwanges und konfessioneller Bindung. Dieser negativen Seite entspricht positiv das Recht freier

[1] Dieser Umstand erklärt die Sonderstellung der Religionsdelikte im Rahmen der Strafrechtskodifikationen. Das hier waltende «Entwicklungsprinzip» wurde zuerst in voller Schärfe von *Kahl*, VDB 6f herausgestellt: «Die Eigenart der Religionsdelikte ... ist in einem Doppelten begründet. Einmal darin, dass sich hier aus dem Objekt der strafbaren Handlung selbst kein rechtlich verwertbarer Maßstab für die Bestimmung des Deliktsbegriffs entnehmen lässt. Denn nie und nirgends hat die in dem Worte ‚Religion' ausgedrückte Einheit und Gesamtheit transzendentaler Beziehungen zwischen Gottheit und Menschheit strafrechtlichen Schutz gefunden ... Die Religionsdelikte ... tragen unter allen Verbrechensgattungen am wenigsten internationale Züge an sich. Die Begrenzung ihres Umfangs wie die Prägung ihres Tatbestandes sind ausschliesslich das positivrechtliche Ergebnis nationalstaatlicher Entwickelung. Diese Entwickelung selbst aber, und darin liegt die andere Eigenart, zeigt sich nicht vorwiegend von den allgemeinen Entwickelungsbedingungen des Strafrechts geleitet und beherrscht. Weder die Gerechtigkeitsidee noch der Zweckgedanke im Strafrecht haben den Begriff der Religionsdelikte formiert und begrenzt. Vielmehr war er je und je gegeben und bedingt durch das Rechtsverhältnis, welches zu gegebener Zeit ein Staat zu dem Religions- und Kirchenwesen überhaupt eingenommen hat ... In dieser Tatsache einer wesentlichen Abhängigkeit der Religionsdelikte vom Staatskirchenrecht muss zugleich der entscheidende *legislative* Gesichtspunkt gegeben sein.»

Wahl seiner religiösen Ueberzeugung und das Recht, sich dazu zu bekennen.

2. Die *Freiheit*, diese *Ueberzeugung* durch Wort und Schrift *zu verbreiten*, sei es als *Propaganda* (Verbreitung positiver Lehren: BGE 50 I 375, 57 I 116) oder als freie Meinungsäusserung in der *Kritik* (BGE 35 I 702, 39 I 356, 43 I 274, 57 I 116). Sie findet ihre Grenzen an der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung.

3. Die *Freiheit der Ausübung gottesdienstlicher Handlungen.* Dazu gehört das Recht des einzelnen, Handlungen der Gottesverehrung und religiöser Erbauung vorzunehmen, daneben das Recht auf genossenschaftliche Kultusübung. Diese Freiheit, sich zum Zwecke gemeinsamer Betätigung der religiösen Ueberzeugung zu Religionsgesellschaften und religiösen Vereinen zusammenzuschliessen, ist ein *selbständiges* religiöses Vereins- und Versammlungsrecht und nicht ein aus dem allgemeinen Assoziationsrecht (Art. 55 BV) abgeleitetes (BGE 15 690, Erw. 2 a. E.). Auch hiefür gelten die Schranken der Sittlichkeit und öffentlichen Ordnung.

In engem Zusammenhang mit der Religionsfreiheit steht das zweite Hauptmerkmal des gegenwärtigen Verhältnisses zwischen Bund und Religion, die streng *neutral-paritätische Haltung* gegenüber allen religiösen Verbänden wie Weltanschauungsvereinigungen. «Der Bund stellt sich *über* die religiösen Gemeinschaften und ihre Benennungen. Er *anerkennt* keine derselben. Er kennt dieselben nur, um ihre Freiheit zu schützen und um dafür zu sorgen, dass der Friede unter ihnen herrsche. Er verteidigt weder eine Konfession noch eine Kirche; er verteidigt lediglich das Individuum, indem er diesem die Respektierung seines Glaubens und die Freiheit seines Gewissens sichert» (Botsch. des BR vom 4. Juli 1873: BBl. 1873 II 965).[2]

---

[2] Der Grundsatz der Trennung von Kirche und Staat erscheint im Bundesrecht vollständig durchgeführt. Eine «Entchristlichung des Schweizervolkes» ist aber damit weder beabsichtigt noch erreicht. «Man kann unbedenklich zugeben, dass auch der moderne Staat ein ganz enormes Interesse daran hat, dass, wenn nicht alle, so doch die grosse Masse seiner Untertanen nicht irreligiös, sondern religiös ist und bleibt» (Salis, Rel. fr. 12, Kult. fr. 4 f.). Für die Kantone, denen die Kirchenhoheit nach wie vor vorbehalten bleibt, sind die Verfassungsgrundsätze nur «Minimalforderungen», bei deren Respektierung es ihnen freisteht, die Rechtsbeziehungen zu den verschiedenen Religionsgenossenschaften traditionsgemäss zu ordnen, etwa so, dass sie eine oder mehrere Religionsgemeinschaften zu Körperschaften des öffentlichen Rechtes (Landeskirchen) erheben, sie sonst positiv fördern und unterstützen u. a. m. Von diesen Kompetenzen haben denn auch die Kantone ausgiebigen Gebrauch gemacht.

Damit sind die *Aufgaben* des Religionsstrafgesetzes vorgezeichnet. An erster Stelle hat es die ungehinderte *Kultausübung zu sichern.* Hierüber ist man sich allseitig einig. Sehr umstritten ist dagegen die andere Aufgabe: dass dem einzelnen *Strafschutz* gewährt werde *gegen Angriffe auf seine religiöse Ueberzeugung.* Nach der Auffassung der einen sei dieser Schutz nicht nur nicht im Widerspruch zum Grundsatze der Glaubensfreiheit, vielmehr sei er eine notwendige Folgerung aus jenem Prinzip. «Wenn ich selbst verlange, glauben zu dürfen, was ich will, so soll ich den Andersdenkenden wegen seines Glaubens auch nicht beschimpfen und verletzen dürfen» (Müller, Z 17 18 f.). Ein solcher Schutz, argumentiert die Gegenpartei, gefährde die sachliche Kritik in den Fragen der Wissenschaft und des Glaubensbekenntnisses, ermögliche damit Uebergriffe des Strafrichters auf ein Gebiet, auf dem bedingungslos Freiheit von Strafe herrschen müsse (Verh. 2 33 f.). Die bisherigen kantonalen Gesetze folgen zum Teil dem einen, zum Teil dem andern Prinzip. Anschaulich sind die zwei letzten kantonalen Strafrechtskodifikationen. Das StG vom Jahre 1924, das sich der Kanton *Freiburg* gegeben hat, kennt folgende «Straftaten gegen die Religion»: Gotteslästerung, Verspottung der religiösen Ansichten anderer oder Verunehrung von Gegenständen religiöser Verehrung, Verspottung oder Störung von Kultushandlungen einer anerkannten Kirche, Verunehrung eines dem Gottesdienste gewidmeten Ortes oder Gegenstandes, Beschimpfung einer anerkannten Kirche oder einer sonstigen Religionsgesellschaft oder ihrer gottesdienstlichen Handlungen, Einrichtungen oder Gebräuche, Schutz der Religionsdiener gegen Beschimpfungen (Titel V, Art. 102 ff.). Diesem umfangreichen Katalog gegenüber erstreckt sich der Strafrechtsschutz des *waadtländischen* Code pénal von 1931 lediglich auf den Gottesdienst und andere religiöse Kultakte, wie auf Ort und Gegenstände des Kultus (13. Titel, Art. 241—242). In den Fragen der Weltanschauung wird jeglicher Strafschutz versagt.

Diese grundsätzliche gesetzgeberische Vorfrage: Bejahung oder Verneinung strafrechtlichen Religionsschutzes, hat sich naturgemäss auch dem eidg. Strafgesetzgeber gestellt. Der Widerstreit der Meinungen spiegelt sich wider in den eidgenössischen VE wie in den Beratungen der Expertenkommissionen und eidgenössischen Räte, ebenso in der Stellungnahme von Wissenschaft und breiter öffentlicher Meinung.

Ist die Glaubensfreiheit strafschutzwürdig?

Der erste VE 1894 (Art. 94 I) stellt sich entschieden auf den Boden der Strafwürdigkeit von Angriffen gegen «das ideale Gut der Glaubensfreiheit». Jedermann darf seinen Glauben oder Unglauben zu Gott äussern. Die Straflosigkeit solcher Aeusserungen ist verfassungsmässig gewährleistet. Von diesem Schutz ausgenommen sind aber Handlungen, die den religiösen Glauben anderer in Aergernis erregender Weise öffentlich verhöhnen, verspotten oder verächtlich machen. Wie alle Freiheiten, kann auch die Glaubensfreiheit in einem geordneten Gemeinwesen nicht schrankenlos sein. Sie wird begrenzt durch die Freiheit der anderen. «Die Glaubensfreiheit kann nur bestehen, wenn jeder auch die Glaubensfreiheit des andern achtet und ihm seinen Glauben lässt» (Stoss, Motive 180, Verh. 2 35).

Dieser Standpunkt wurde in der 1. grossen ExpKomm. von einer starken Minderheit befürwortet (Weber, Hürbin, Meyer, von Schauensee, Gretener: Verh. 2 34 ff.), von der Mehrheit der Kommissionsmitglieder dagegen bekämpft. Der Haupteinwand ging dahin, dass die Kritik in Glaubenssachen frei sein müsse, sie wäre aber unter der Herrschaft des vorgeschlagenen strafrechtlichen Schutzes stark gefährdet, zumal die weite Fassung der Bestimmung dem Ermessen des Richters weitesten Spielraum lassen würde. Nicht der religiöse Glaube, sondern nur dessen Ausübung sei strafrechtlichen Schutzes würdig. Und fähig: denn der Glaube als etwas Unfassbares, objektiv nicht Feststellbares könne überhaupt nicht verletzt werden. Die Streichung des Al. 1 des Art. 94 wird auf Antrag von Zürcher mit zehn gegen acht Stimmen gutgeheissen. Die folgenden VE (Art. 101 VE 1896, Art. 183 VE 1903, Art. 187 VE 1908) beschränken sich nur auf die Ahndung von Angriffen auf die Kultusfreiheit.

In der 2. grossen ExpKomm., die über den VE 1908 zu beraten hatte, wurde die Ausdehnung des Religionsschutzes über die Kultausübung hinaus auf katholischer Seite von Müller energisch verlangt.[3] Die Religion erscheine dem überwiegenden Teile des

[3] Eine dahingehende lebhafte katholische Agitation war in der Oeffentlichkeit vorausgegangen, vgl. die Eingabe des Schweiz. katholischen Volksvereins an das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement vom 10. November 1911 (Stimmen aus dem Volksverein, Heft 6, 19 f.) und die entsprechenden Resolutionen der Schweiz. Katholikentage in Luzern (1903), Zug (1909) und St. Gallen (1913), dazu zahlreiche Artikel in der katholischen Presse. Auch der Aufsatz von Staatsanwalt K. Müller, Luzern (Z 17 10 ff.) ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen.

Schweizervolkes als ein Gut, und diese Tatsache für sich allein begründe deren Schutzwürdigkeit. Die verfassungsmässig gewährleistete Glaubens- und Gewissensfreiheit gestatte es nicht nur, sondern sie gebiete es, dass der Staat für die Aufrechterhaltung des religiösen Friedens besorgt bleibe, was unmöglich sei, wenn jeder seinen Nachbar wegen dessen religiöser Anschauung besudeln darf. Gestraft soll ja nur das Rohe und Gemeine werden. Für die freie Kritik sei dadurch nichts zu befürchten (Müller, Prot. 4 318, vgl. auch Z 17 18 f.). Aehnlich Deschenaux (Prot. 4 328 f.).

Aber auch die Gegenpartei kam zu Worte, indem sie die bereits von früher her bekannte Argumentation wieder aufnahm. Bei aller Ehrfurcht vor der Religion müsse doch befürchtet werden, dass ein strafrechtlicher Schutz religiöser Meinungen infolge unausbleiblicher Lähmung aller Kritik den Stillstand jeder Entwicklung in religiösen Dingen nach sich ziehen würde, was auch im Interesse der Religion selbst nicht liegen kann. Aller Fortschritt auf diesem Gebiete wurde ermöglicht gerade durch Handlungen, die nun mit Strafe bedroht werden sollen[4] (Lang, Gabuzzi, Calame: Prot. 4 323, 326, 327 f.[5]).

Eine Versöhnung dieser beiden einander schroff und abweisend gegenüberstehenden Standpunkte brachte der Antrag von C. Chr. Burckhardt. Er stellte sich zunächst auf den Boden, den Müller eingenommen hatte. Während aber dieser den strafrechtlichen Schutz des Glaubens postulierte, des christlichen Glaubens und der diesem gleichberechtigten Bekenntnisse, soll nun darüber hinaus, in konsequenter Durchführung der verfassungsmässig garantierten Glaubensfreiheit, auch der Unglaube den grundsätzlich gleichen Schutz vor Beschimpfungen geniessen (Prot. 4 321).

Diese Lösung hat anlässlich der Beratung im Nationalrat der damalige Bundesrat Häberlin mit beschwingten Worten gepriesen: «Der Artikel stellt einen Grundartikel, einen gewollten Grund-

---

[4] Vgl. Seiler, StenBull NatR 39 563: «Sicher ist, dass gerade auf diesem Gebiete der Wert der Strafe gegenüber den übrigen das religiöse Leben fördernden Mitteln wesentlich zurücktritt. Wer ist denn, solange es eine Christenheit gibt, mehr und gemeiner verhöhnt und verlästert worden als ihr Gründer selbst? Und hat nicht gerade das geduldige und erhabene Ertragen der unerhörten Schmähungen die Bewunderung der Welt erregt und zur Ausbreitung des Christentums in hohem Masse beigetragen?»

[5] Aehnlich später im NatR Wagner (StenBull 39 573): «das abstruse Bild der Staatsaktion zugunsten der Religion ausgeschlossen»; «gerade im Interesse der Religion und einer vertieften Auffassung der Religion sei es etwas Undenkbares, die Staatsaktion aufzubieten».

artikel dar; ... er soll ... eine ganz bestimmte Aufgabe erfüllen: er soll den Gedanken der Toleranz in Glaubenssachen schützen durch eine Strafnorm, ... den Gedanken..., der in der Eidgenossenschaft mächtig geworden ist nach jahrhundertealten Kämpfen... Nicht Gott ist es, der hier geschützt wird, nicht einmal die Religion als solche... Aber der Glaube des freien Staatsbürgers, seine Glaubensüberzeugung, die Möglichkeit ihrer ungehinderten Aeusserung, das Zusammenleben der Eidgenossen mit den verschiedenen religiösen Auffassungen, die verdienen wohl, geschützt zu werden... Dieser Artikel würde seine Berechtigung immer haben, ganz gleichgültig, wie die Glaubensanschauungen im Schweizervolk quantitativ verteilt sind... Auch wenn wir hälftig geteilt wären zwischen Anhängern eines bestimmten Glaubens und denen, die einen solchen nicht mehr haben: der Artikel wäre nach wie vor oder vielleicht noch mehr nötig als heute (StenBull NatR 39 577).

Verschiedene Anträge grundsätzlicher Art auf Streichung, bzw. Aenderung des Artikels wurden abgelehnt. Den vorgenommenen Abänderungen, auf die gegebenen Ortes noch zurückzukommen sein wird, kommt keine prinzipielle Bedeutung zu.

Die Untersuchung der tatbestandlichen Ausgestaltung des Schutzes gegen die «Störung der Glaubensfreiheit», Art. 261 I StGB, wird ergeben, ob und wieweit es dem schweizerischen Strafgesetzgeber gelungen ist, mit seiner Regelung die Gefahr von Uebergriffen des Strafrichters in das straflos zu bleibende Gebiet sachlicher Kritik in Glaubenssachen zu umgehen.

Bevor wir aber mit dem dogmatischen Teil beginnen, wollen wir im Rahmen dieser Einleitung noch zwei Vorfragen streifen, die in den gesetzgeberischen Vorarbeiten eine gewisse Rolle gespielt haben. Die eine Frage betrifft die Zweckmässigkeit einer Regelung der Materie im vereinheitlichten StGB, statt es wie bis anhin bei der Bundesgerichtsbarkeit aus Art. 49 und 50 BV zu belassen. Und zweitens, ob und wieweit in dieser Neuregelung Bund und Kantone sich in ihrer Gesetzgebungskompetenz zu teilen hätten.

Bundesverfassungsrecht oder schweizerisches StG?

In der 2. grossen ExpKomm. war es C. Chr. Burckhardt gewesen, der das Unerfreuliche der bisherigen Rechtslage besonders deutlich hervorgehoben hat. Die Deliktstatbestände der kantonalen

Strafgesetze lassen sich zwar in einigermassen einheitliche Gruppen einteilen, diese aber weichen wesentlich voneinander ab. Die Entscheidung der strittigen Fälle liegt dem Bundesgericht als Rekursinstanz ob auf dem Wege der Interpretation der BV. Die Schwierigkeit dieser Aufgabe hat zur unausbleiblichen Folge, dass die bisherige Judikatur die wünschenswerte Einheitlichkeit vermissen lässt. Es ergibt sich das Bild eines gewissen Tastens und Schwankens, das nicht befriedigen kann, zumal der einzelne Entscheid in diesen Weltanschauungsfragen allzusehr von der jeweiligen Zusammensetzung des Richterkollegiums abhängt und niemanden recht zufriedenstellen kann. «Das Bundesgericht muss selbst wünschen, dass seine aus freiem Ermessen geschöpfte Jurisprudenz ersetzt werde durch Bundesrecht (Prot. 4 320; ähnlich Logoz, StenBull NatR 39 581). Der eidgenössische Strafgesetzgeber vermag diese Materie präziser zu ordnen, wohlverstanden in gewissenhafter Anpassung an die einschlägigen Normen der BV, die für diese Fragen die Grundlage bilden (Seiler, StenBull NatR 39 580). Das zu vereinheitlichende Strafrecht sollte auch die Regelung des Gebietes der Religionsdelikte an die Hand nehmen, da strafrechtliche Massnahmen mit zu jenen gehören, die nach Art. 50 BV von Bundes wegen zum Schutze der in Art. 49 BV proklamierten Gewissensfreiheit zu erlassen sind (Burckhardt, a. a. O.).

Vorbehalte zugunsten kantonaler Gesetzgebungskompetenz?

Anlässlich der Durchberatung des VE 1908 im Schosse der 2. grossen ExpKomm. wurde von Thormann (Prot. 4 324 f.) der Antrag gestellt, es möchte das Schweiz. StGB lediglich den Schutz gegen Angriffe auf die Kultusfreiheit regeln und die Kompetenz zum Erlass allfälliger weitergehender Bestimmungen zum Schutze der Glaubensfreiheit den Kantonen überlassen, nach Massgabe der kantonalen Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Kirche. Dadurch wäre auf die historisch begründeten kantonalen Verschiedenheiten Rücksicht genommen, anderseits die Einheit des Strafrechts gewahrt im Rahmen dessen, was als allgemein schweizerische Rechtsüberzeugung angesprochen werden dürfe (Schutz der genossenschaftlichen Religionsbetätigung). Gegen diesen Antrag sprachen sich jedoch mehrere Kommissionsmitglieder entschieden aus, und zwar weil durch dessen Annahme die bisherige kantonale Verschieden-

heit weiterbestehen würde, der Zustand also, der allseitig als unbefriedigend empfunden wurde (Lohner, Gabuzzi, Calame, Studer, Müller, Burckhardt: Prot. 4 326, 327, 328, 329 f., 331). Es kam nicht zur Abstimmung, da Thormann seinen Antrag zurückgezogen hatte, nachdem mit der Müller-Burckhardtschen Fassung des Schutzes der Glaubensfreiheit die alle Parteien befriedigende Kompromisslösung gefunden war.[6] In den Kommissionen des Nationalrates sowie des Ständerates wurde die Frage der Vorbehalte zugunsten der Kantone von katholischer Seite noch einmal aufgeworfen. Die Bundesversammlung war aber mehrheitlich der Auffassung, dass eine Rechtszersplitterung vermieden werden solle. Die im E 1918 vorgeschlagene Lösung als eine solche der Mitte dürfte übrigens gerade den zahlreichen Katholiken zugute kommen, die in den Städtekantonen wohnen, da sie an ihrem Domizil von einer rigoroseren Ordnung des Heimatkantons doch keinen Vorteil zu ziehen vermöchten (StenBull NatR 39 563; StR 41 557).

[6] Trotzdem haben später die Gedankengänge Thormanns wieder aufgenommen *Weider* 95, 98 und *Lorétan* 69.

Die Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit (Art. 261)

A. Die Systematik oder die Frage nach dem Schutzobjekt.

Von Mischformen und Abweichungen im einzelnen abgesehen, stehen dem Strafgesetzgeber drei Möglichkeiten einer systematischen Ordnung der Religionsdelikte offen. Es kann dies zunächst in Form einer Kodifizierung geschehen, die alle in Beziehung auf die Religion als strafwürdig erachteten Handlungen in geschlossenen Zusammenhang bringt. Dies System gehört einer ferneren Vergangenheit an und ist auch im Laufe der geschichtlichen Entwicklung nur vereinzelt aufgetreten.

Den umgekehrten Weg beschreitet der Gesetzgeber, wenn er von einer selbständigen Kategorie von Religionsdelikten absieht und für die Systematisierung der Handlungen, die unter Strafe zu stellen sind, einen allgemeineren Gesichtspunkt massgebend sein lässt: Die Religionsdelikte werden denjenigen Tatbeständen beigesellt, die das gleiche Schutzobjekt aufweisen. Ihren systematischen Ort finden sie danach zusammen in einem oder getrennt in mehreren Abschnitten, je nachdem der Gesetzgeber für alle Religionsdelikte ein und dasselbe Schutzobjekt, oder für je eines oder mehrere unter ihnen verschiedene Schutzobjekte annimmt. Die vier Haupttypen, die sich im Rahmen dieses zweiten Systems rechtsvergleichend feststellen lassen, finden ihren Ausdruck in der *Subsumtion* der Religionsdelikte unter die Gattungsbegriffe des Widerstandes gegen die Staatsgewalt, der Friedensstörungen, der Verletzungen öffentlicher Ruhe und Ordnung oder der Angriffe auf verfassungsmässig garantierte Rechte (Nachweise bei *Kahl* VDB 28 f.).

Die dritte Systematisierungsart ist eine Kombination der beiden erstgenannten. Die in Beziehung auf das Religionswesen zu schützenden Rechtsgüter werden teils als Objekt eigentlicher Religionsdelikte behandelt, zum anderen Teil einzelne Angriffe, wie Dieb-

stahl, Sachbeschädigung, Brandstiftung usw. in den betreffenden allgemeinen Tatbeständen, nur qualifizierend, unter Strafe gestellt (vgl. *Kahl* VDB 30 ff.).

Das Schweiz. StGB hat sich das zweite System zu eigen gemacht. Die Stellung der Religionsdelikte ist «säkularisiert», indem diese keine selbständige Gruppe bilden, sondern anderen «Vergehen gegen den öffentlichen Frieden» beigesellt sind. Das Delikt selbst wird im Marginale als «Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit» bezeichnet. *Negativ* ergibt sich hieraus zunächst, dass *Gott* selbst nicht Schutzobjekt unserer Strafbestimmung ist. Die gegenteilige, jahrhundertelang vorherrschende Auffassung ist seit der Aufklärungszeit endgültig überwunden: «Dass die Gottheit injuriert werde, ist unmöglich, dass sie wegen Ehrenbeleidigung sich an den Menschen räche, undenkbar, dass sie durch Strafe ihrer Beleidigungen versöhnt werden müsse, Torheit» (Feuerbach, Lehrbuch, Jahrg. 1847, § 303). Als Schutzobjekt scheidet er aber auch die *Religion* aus. Die Religion im objektiven Sinne als die Summe von Lehrsätzen und Kultusformen ist strafrechtlichen Schutzes weder bedürftig noch fähig. Solange sie in der Ueberzeugung ihrer Anhänger verwurzelt ist, kann ihr kein Angriff etwas anhaben. Angreifbar wird sie erst in dem Masse, als sie von innen heraus ihre Lebenskraft verliert. Sie dann vor dem Untergang zu bewahren, liegt nicht in der Macht — und wohl auch nicht im Interesse — staatlichen Zwanges. Objekt des Strafrechtsschutzes ist aber auch nicht die Religion im subjektiven Sinne als die Verbindung des Menschen mit Gott, so dass der Mensch selbst, der an den religiösen Ideen Anteil hat, eigentliches Schutzobjekt wäre (so Müller, Z 17 26 f.). Wahre Religiosität trotzt jedem Angriffe; sobald sie aber durch Beschimpfungen erschüttert werden kann, dürfte ihr ein Strafrechtsschutz nichts mehr nützen. Sie ist eines solchen Schutzes auch nicht wert, und der Staat wird sich kaum veranlasst sehen, seine Machtmittel aufzubieten, um sie am Leben zu erhalten, zumal nicht einmal die wahre Religiosität heutzutage als Garantie staatsbürgerlicher Tugenden erscheint (vgl. *Glaser* 827, *Kohlrausch* 45 f., *König* 155 ff.).

Ebenso unproblematisch wie die Feststellung, was als Schutzobjekt des Art. 261 nicht in Betracht fällt, ist der Gegenstand des Strafschutzes dieser Gesetzesbestimmung *positiv* anzugeben. Eine Behauptung, die angesichts des äusserst lebhaften Widerstreits der Meinungen, namentlich im deutschen Schrifttum, paradox klingen mag, aber doch, wie wir glauben, den Kern der Sache trifft. *Das*

geschützte Rechtsgut ist der konfessionelle Friede. Hiefür sprechen zunächst geschichtliche Tatsachen und die verfassungsmässigen Grundlagen der Eidgenossenschaft. Verschieden sind in der Schweiz die Rassen und Sprachen, verschieden auch die Bekenntnisse. «Die BV will, wie sich aus Art. 50 II ergibt, vor allem den religiösen Frieden unter den Konfessionen wahren; sie will es ermöglichen, dass Menschen verschiedener Konfession, unbeschadet der Ausübung ihrer Religion, im öffentlichen Frieden untereinander leben können» (BGE 35 I 353 f.). Der strafrechtliche Religionsschutz muss ebenfalls diesem Grundgedanken nachleben und auf seine Weise das friedliche Zusammenleben zu sichern suchen. Klar und unmissverständlich kommt dies in der Botschaft des Bundesrates zum E 1918 zum Ausdruck. Es heisst dort (S. 57) in bezug auf unseren Artikel: «Den Landfrieden unter den Glaubensbekenntnissen aufrecht zu erhalten, war seit Jahrhunderten Aufgabe der Eidgenossenschaft, und wenn auch die Gefahr von Religionskriegen endgültig beseitigt zu sein scheint, so glaubte man doch, im Interesse des Friedens die verfassungsmässig garantierte Glaubensfreiheit (BV Art. 49 und 50) wenigstens in einer Richtung auch gegen Angriffe von Privaten schützen zu müssen.» Aehnliche Aeusserungen wurden auch anlässlich der Beratungen in der Bundesversammlung gemacht: «C'est la paix publique que l'art. 227 veut sauvegarder, comme les articles constitutionnels eux-mêmes. De là, le classement de l'art. 227 dans le chapitre XII du projet qui réprime les délits contre la paix publique» (Logoz, StenBull NatR 39 565). «Was bezweckt Art. 227? Er soll wie die übrigen Artikel dieses Titels dem Schutz des öffentlichen Friedens dienen, denn auch der religiöse Friede ist ein Stück öffentlichen Friedens. Das merkt man am besten, wenn dieser Friede gestört ist» (Baumann, StenBull StR 41 556).

Der Gesichtspunkt der Störung des konfessionellen Friedens trifft den letzten und allgemeinsten gesetzgeberischen Grund für die Pönalisierung. Der Schutz des *religiösen Gefühls* ist damit keineswegs ausgeschlossen, vielmehr durch jenen Gesichtspunkt vorausgesetzt: Durch Verletzung religiöser Gefühle wird der konfessionelle Friede gestört und gefährdet (vgl. *Zürcher* 335, so schon früher *Merkel,* Lehrbuch des dt. StrRs. 1889, 371).[7]

[7] Es ist aber unrichtig, mit dem Bundesgericht etwa (so z. B. BGE 39 I 359) im verletzten religiösen Gefühl anderer das gegen schuldhafte Angriffe geschützte Rechtsgut zu erblicken. Die treffendste Kritik dieser Konstruktion hat u. E. *Kahl*

B. Abs. 1.

Wer öffentlich und in gemeiner Weise die Ueberzeugung anderer in Glaubenssachen, insbesondere den Glauben an Gott, beschimpft oder verspottet oder Gegenstände religiöser Verehrung verunehrt.

Die «Störung der Glaubensfreiheit» besteht in rechtswidrigen Angriffen auf die Ueberzeugungen anderer in Glaubenssachen, insbesondere auf den Glauben an Gott, oder auf Gegenstände religiöser Verehrung (I). Dies sind die Angriffsobjekte der strafbaren Handlungen. Die strafbare Tätigkeit selbst wird als Beschimpfung oder Verspottung, bzw. Verunehrung umschrieben (II). Hinzu kommen die Modalitäten der Oeffentlichkeit und der gemeinen Weise (III). Damit sind die objektiven Tatbestandsmerkmale erschöpft. Zur Strafbarkeit gehört daneben, hier wie sonst, dass auch der subjektive Tatbestand sich verwirklicht, das heisst die Schuld des Täters bejaht wird (IV).

I. Die Ueberzeugungen in Glaubenssachen.

Der erste Stooss'sche VE 1894 (Art. 94) formulierte das Angriffsobjekt ganz allgemein als «den religiösen Glauben». Seinem Wesen nach sei dieser die Beziehung des Menschen zu Gott. Dieses Verhältnis trete um so klarer hervor, je unmittelbarer es von einer

---

gegeben. «Sie will» — so schreibt er im in VDB 83 f. — «in ungezählten Fällen ein gegen den rechtswidrigen Angriff gänzlich *unempfängliches* Objekt schützen. Auf der Bank der Spötter wird das religiöse Gefühl durch nichts verletzt. Umgekehrt kann gerade das reinste, das höchste religiöse Gefühl von der gemeinsten Gotteslästerung unberührt bleiben; was es sich vorstellt unter Gott, ist ihm von allem Schmutz der Erde unerreichbar. Diese Gefühlstheorie löst ferner den ganzen Strafrechtsschutz der Religion in *Subjektivismus* auf ... Mit welchem Massstabe soll zuletzt der Richter ‚das religiöse Gefühl anderer' messen?» «Gewiss hat das religiöse Gefühl in den Erwägungen des Gesetzgebers wie des Strafrichters seine berechtigte und wichtige Stelle. Für jenen ist der Schutz des religiösen Gefühls eines der legislativen *Ziele*, einer der treibenden *Beweggründe* für die Pönalisierung überhaupt. Für diesen können Art und Mass der Verletzung des religiösen Gefühls anderer wichtige Gründe der *Strafzumessung* sein. Verfehlt aber ist, das religiöse Gefühl als das *Objekt der strafbaren Handlung selbst*, als den eigentlichen und unmittelbaren Gegenstand des Strafschutzes anzuwenden.» Noch verfehlter ist, wie *Studer* de lege ferenda postuliert, mit einem staatlichen Schutz des religiösen Gefühls die Religion schützen zu wollen, als den «lebendigen, tätigen Glauben des Menschen an einen persönlichen Gott» (98, 101, 103, 105). Er steht aber selber nicht an, den Friedensschutzzweck als «parallelen» Strafgrund neben dem «obersten» des Religionsschutzzweckes anzuerkennen (106) und verschliesst sich nicht der richtigen Erkenntnis, dass die Verletzung des religiösen Gefühls die Friedensstörung involviere (109), ebensowenig der Einsicht, dass in der Regelung des schweiz StGB das Friedensinteresse «einseitig betont» sei (112). Quod erat ad demonstrandum!

Religion aufgefasst wird, namentlich in den mannigfachen Formen, dessen sinnlicher Vermittlung zwischen dem Menschen und Gott, etwa dem Marienkultus der katholischen Kirche (Motive 180, Verh. 2 37). Gemeint war aber damit durchaus nicht ein offizieller Gottesglaube, sondern der Glaube schlechthin, «wie er auch konfessionell oder individuell gestaltet sei» (Z 17 170 Anm. 1). Man könne das Angriffsobjekt als «religiöse Ueberzeugung» (Verh. 2 37) oder, um es noch bestimmter zu fassen, auch als «Glaube an Gott» formulieren, da hierin im wesentlichen der religiöse Glaube bestehe (Z 17 170). Jede dieser Fassungen ist bewusst allgemein gehalten, sie enthält sich der ausdrücklichen Erwähnung der Gegenstände religiöser Verehrung, desgleichen der Lehren, Einrichtungen und Gebräuche, was eine besondere Rücksichtnahme auf eine bestimmte, nämlich die katholische Konfession bedeuten würde. Nach dem Grundgedanken des Entwurfs soll jede Konfession in gleicher Weise geschützt werden, keine tatbestandlich in den Vordergrund treten (Verh. 2 37).

Demnach richtet sich nach Stooss das strafrechtlich zu ahndende Religionsdelikt gegen alle Religionen, neben der christlichen und der dieser gleichberechtigten, auch gegen alle sonstigen, soweit sie an ein übernatürliches Wesen glauben (und wohlverstanden sich in den verfassungsmässig festgelegten Schranken der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung halten). Die abstrakte monotheistische Gottesidee begrenzt somit begreiflich jede der *drei* von Stooss vorgeschlagenen Formulierungen des Angriffsobjektes. Die in der 2. grossen ExpKomm. auf Antrag von C. Chr. Burckhardt angenommene Fassung geht bewusst darüber hinaus. In konsequenter Durchführung der verfassungsmässig garantierten Glaubens- und Gewissensfreiheit soll nicht nur der Glaube, sondern in gleicher Weise auch der Unglaube geschützt werden. Denn wie die Ueberzeugungen des kirchlich Gläubigen können auch diejenigen des Atheisten angegriffen werden. Tatbestandlich kommt der gegenüber früher erweiterte Schutz darin zum Ausdruck, dass die «Ueberzeugung anderer in Glaubenssachen» schlechthin zum Angriffsobjekt geworden ist (Burckhardt, Prot. 4 321, Logoz, StenBull NatR 39 566).

Der Wortführer der Katholiken in der 2. grossen ExpKomm. (Müller) erklärte sich mit der Lösung einverstanden in der Erkenntnis, dass wegen der sehr grossen «Angriffsfläche» der katholischen Kirche die neue Fassung praktisch im wesentlichen den Katholiken

zugute kommen dürfte. Trotzdem wird in der Literatur von katholischer Seite der Artikel heftig kritisiert. So schreibt *Studer* 129: «Diese Gleichstellung von Glaube und Unglaube ist absurd. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit hat einen ganz anderen Inhalt und nötigt keineswegs zur Ziehung dieser ungeheuren Konsequenzen. Mit der Rechtsgleichheit hat diese Lösung nichts zu tun. Man wird sich doch wohl hüten, für die Propagierung staatskonstruktiver und staatsdestruktiver Zwecke und Tendenzen ohne Rücksicht auf ihre innere Bewertung diesen individualrechtlichen Staatsgrundsatz anzurufen!» ähnlich *Lampert* 148 f., 244 und neuerdings *Korner* 48 ff., 112 f. Die Voraussetzung, auf der diese Gedankengänge ruhen: dass die Ungläubigen «staatsdestruktiv» seien, ist willkürlich. Es ist Willkür, im Leugnen oder Bezweifeln der Existenz Gottes implicite einen Ausfluss minderer Sittlichkeit und Staatstreue zu erblicken. Der moralische Wert des Menschen ist von der Zugehörigkeit zu einer positiven Religion unabhängig. Die moralischen Gebote haben ihre Würde in sich selbst. Man kann sittlich fühlen und handeln, ohne dieses Verhalten als ein Gebot eines belohnenden und strafenden Gottes anzuerkennen. Und vollends die bürgerliche Wertschätzung eines Menschen an die Zugehörigkeit zu einer positiven Religion zu knüpfen, mahnt an längst dahingegangene Zeiten, da jemand um irgendeiner von der herrschenden abweichenden religiösen Ansicht bürgerlich verketzert und öffentlich proskribiert wurde. Es dürfte schwer halten, für den modernen Staat den Beweis zu erbringen, dass die staatserhaltenden und staatsfördernden Eigenschaften von Ungläubigen von zweifelhaftem Wert seien. Uebrigens ist im heutigen Recht die Ausübung der bürgerlichen und politischen Rechte von einem religiösen Glaubensbekenntnis oder irgendeinem religiösen Akte vollständig unabhängig gestellt. In unserem Sinne äussern sich zur Frage *Beling* 30, *Kohlrausch* 46, *Glaser* 827, *Schrag* 38 f.

Gewichtiger scheinen die Einwendungen, die im sozialistischen Lager laut wurden. Lässt sich die festgelegte Fassung vom theoretischen Standpunkt aus kaum beanstanden, so ist deren Tragweite in der praktischen Anwendung schwer übersehbar. Was ist eine Ueberzeugung in Glaubenssachen? Auch die sozialistische Ueberzeugung, die alle wichtigen Menschheitsprobleme umschliesse, sei zum grossen Teil eine Glaubenssache. Wäre auch sie zu schützen? (Lang, Prot. 4 323). Dies zu entscheiden, dürfte auch schwierig sein in bezug auf Sektierer, mit ihren manchmal absonderlichen Ueber-

zeugungen, von deren Richtigkeit sie jedoch in den meisten Fällen ehrlich durchdrungen sind (Roth, StenBull NatR 39 575).

Was zunächst den Sozialismus betrifft, so kann er als solcher, das heisst als materialistische Weltanschauung, den Strafrechtsschutz nicht in Anspruch nehmen; in den Beratungen der Bundesversammlung wurde dies mit allem Nachdruck betont. Dem steht aber nicht entgegen, dass dieser Schutz auch einem Sozialisten gebührt, wenn und soweit der Angriff sich auf eine Ueberzeugung richtet, die die Beziehungen des Menschen zum Universum betrifft. Sie ist dann eben «religiös», mag sie in Gegensatz zu anderen positiv-religiösen Lehrmeinungen treten und den Glauben an einen persönlichen Gott ablehnen. Geschützt wäre damit aber nicht die sozialistische Idee, sondern die freidenkerische Ansicht eines Sozialisten über Gott.

Angehörige von Sekten verdienen wohl den strafrechtlichen Schutz, allerdings unter der Voraussetzung, dass deren Ueberzeugung in den Schranken sich bewegt, die jeder Glaubensüberzeugung in der BV gezogen sind, das heisst, wenn sie der Sittlichkeit und öffentlichen Ordnung nicht zuwiderläuft.[8] Aufschlussreich in dieser Beziehung ist die bundesrechtliche Praxis in der *Mormonenfrage.*

Aus dem Zentrum des Mormonentums im nordamerikanischen Gliedstaate Utah wurden in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts auch nach der Schweiz Prediger ausgesandt, um in Vorträgen und Veröffentlichungen für die Lehren des Mormonismus, wovon die Vielweiberei ein wesentlicher Bestandteil ist, Anhänger zu gewinnen. Für den Fall, dass versucht würde, diese Lehrsätze in der Schweiz zu verwirklichen — im Widerspruch zur staatlichen Ordnung oder der öffentlichen Moral —, hatte der Bundesrat noch auf Grund der BV von 1848 der Regierung des Kantons Graubünden freigestellt, nach Massgabe bestehender Vorschriften einzuschreiten (Entscheid vom 29. April 1864: Salis Bundesr. Nr. 991 I). Im Jahre 1886 hatte der Bundesrat selbst in der Mormonenfrage zu entscheiden. Es handelte sich um einen vom Mormonenprediger Loosli vor Zuhörern der Sekte gehaltenen Vortrag, beschränkt zwar auf die Erläuterung von Bibelstellen, aber ausschliesslich im Dienst und zugunsten des Mormonismus. Es wurde darin die Empfehlung der

[8] Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtes gilt diese in BV Art. 50 enthaltene Voraussetzung auch für BV Art. 49, vgl. BGE 57 I 119, 54 I 102, 51 I 500 u. ö. Ueber die Begriffe der Sittlichkeit und öff. Ordnung vgl. weiter unten S. 63 f.

Lehren erblickt, bzw. die Aufmunterung zum Beitritt. «Die Lehre der Mormonen steht in einem wesentlichen Punkte mit dem in unserem Lande herrschenden Begriffe der Sittlichkeit im Widerspruch und widerstreitet der öffentlichen Ordnung unseres Staates.» Der inkriminierte Vortrag kann daher auf den verfassungsmässigen Schutz des Bundes keinen Anspruch erheben. Es wurde ihm übrigens die Eigenschaft einer religiösen Aeusserung oder gottesdienstlichen Handlung versagt (Salis Bundesr. NNr. 987 und 991 II).[9]

Von dieser Praxis der politischen Bundesbehörden wich zunächst diejenige des Bundesgerichtes grundsätzlich ab. Wegen einer im Kanton Bern 1875 verbreiteten Mormonenschrift hatte sich deren Drucker, ein gewisser Stucky, vor dem Richteramt Signau zu verantworten. Wegen Verbreitung sittenloser Schriften wurde die Beschlagnahme der noch vorhandenen Exemplare und eine Busse von 50 Franken ausgesprochen, — ein Urteil, das die bernische Polizeikammer in vollem Umfange bestätigte. Der Versuch, die Vielweiberei als eine der Heiligen Schrift gemässe Einrichtung zu rechtfertigen, sei höchst unsittlich und verwerflich und als solcher der verfassungsmässig gewährleisteten Glaubensfreiheit nicht teilhaftig. Hiezu hatte sich das Bundesgericht als Rekursinstanz zu äussern. Es wird zugegeben, dass die inkriminierte Schrift durch Verteidigung und Rechtfertigung der Vielweiberei dem sittlichen und staatlichen Prinzip der Monogamie widerspricht. Da sie aber weder die Sicherheit des Staates noch die öffentliche Sittlichkeit verletzt habe, könne sie nicht als sittenlos verboten und deren Verbreitung bestraft werden, da dies die garantierte Pressefreiheit illusorisch machen würde. «Gegen Presseerzeugnisse der vorliegenden Art ist nicht die Strafe, sondern einzig die Belehrung, zu welcher man sich wieder der Presse bedienen kann, das zulässige und wirksame Heilmittel.» Der Entscheid der bernischen Polizeikammer wurde aufgehoben (BGE 2 192 ff.)

An diesem Standpunkt hat das Bundesgericht im Mormonenprozess Bär (1908) festgehalten. Die Propaganda der Mormonen geniesse den Schutz der Glaubensfreiheit solange, als sie die Vielweiberei als eine der Heiligen Schrift gemässe Institution verkünde, ohne zur mehrfachen Ehe direkt aufzufordern (BGE 34 I 254 ff.).

[9] Ebenso wurde schon früher entschieden, dass ein öff. Vortrag über den Altkatholizismus keine Kultushandlung sei (Mariahilf-Rekurssache: BBl. 1873 II 1077).

Lässt sich diese Abgrenzung der zulässigen Propaganda gegenüber der strafbaren ausdrücklichen Aufforderung zur Polygamie praktisch durchführen? Das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement hat dies mit Gutachten vom 20. August 1920 verneint und die Einreise von zehn Mormonenmissionaren in die Schweiz verweigert (Salis-Burckhardt Nr. 503). Die hiemit vollzogene Rückkehr zur früheren strengen Praxis des Bundesrates bewirkte auch die Schwenkung des Bundesgerichtes, so dessen (nicht publizierter) Entscheid vom 15. Januar 1937 i. S. Frau Dr. Brupbacher gegen Regierungsrat des Kantons Solothurn.

Danach kann heute angenommen werden, dass weder buddhistische Ueberzeugungen (Reichel, Prot. 4 327) noch «kuriose und widersinnige» Glaubensansichten (Roth, StenBull NatR 39 575) den strafrechtlichen Schutz des Art. 261 geniessen, wenn und soweit sie die Schranken der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung überschreiten.

Was unter Ueberzeugung in Glaubenssachen vor allem verstanden werden will, sagt das Gesetz, indem es den Hauptanwendungsfall exemplifikatorisch hervorhebt. Es ist dies

insbesondere der Glaube an Gott.

In der von der 2. grossen ExpKomm. gutgeheissenen Fassung, wie im bundesrätlichen E 1918, über den die Bundesversammlung zu beraten hatte, fehlte dieser Zusatz. Nicht als ob der Gottesglaube ausserhalb des Strafschutzbereiches bleiben sollte. Vielmehr haben die Redner im NatR wie im StR keinen Zweifel darüber offen gelassen, dass die allgemeine Formulierung, ohne den Namen Gottes zu erwähnen, den Gottesglauben mit einschliesst (vgl. StenBull NatR 39 578: Häberlin, Hoppeler; 580: Seiler; StenBull StR 41 557: Baumann; NatR 44 408: Lachenal). Die katholische Minderheit hat sich damit nicht zufrieden gegeben. Ihr Sprecher im StR, Zust, rief zunächst deren unerfüllt gebliebenen Wünsche in Erinnerung: Die Religion als solche sollte staatlichen Strafschutz geniessen, eine besondere Kategorie von Religionsdelikten geschaffen werden, ohne ängstliche und peinliche Vermeidung alles dessen, was Gott, Gottesdienst und Religion heisst. «Ist es ein übergrosses Entgegenkommen, wenn sie solchen (enttäuschten) Gefühlen wenigstens dadurch Rechnung tragen, dass sie den Gottesglauben ausdrücklich vor öffentlicher, gemeiner Verunehrung schützen,

wenn Sie im Strafgesetz das für jeden Christen höchste Wesen ausdrücklich als schutzwürdig erklären? Ist es ein übergrosses Entgegenkommen für Sie, wenn Sie auf der anderen Seite unser Opfer betrachten? Ist es zuviel für Sie, nachdem Sie im Grunde ja das gleiche wollen nach den Erklärungen des Herrn Kommissionspräsidenten und des Herrn Bundespräsidenten Häberlin, nur in etwas versteckter Form?» (StenBull StR 41 559). Es zeugt vom eidgenössischen Verständigungswillen, dass dieser Anregung durch Aufnahme des gewünschten Zusatzes entsprochen wurde.

Die Entstehungsgeschichte dieses Zusatzes legt es nahe, den gesetzlichen Gottesbegriff zunächst als den christlichen Begriff des dreieinigen Gottes auszulegen. Es ist der christlichen Lehre eigen, den drei Personen in Gott gleichmässig die Merkmale der absoluten Vollkommenheit, der Persönlichkeit und Ueberweltlichkeit zuzuerkennen: die einzelnen Namen der Personen sind derselbe eine Gott. Gott im Sinne des Gesetzes ist demnach neben Gott Vater auch der Sohn Gottes wie der Heilige Geist. Nicht geschützt wäre allerdings die Person des christlichen Religionsstifters, sofern diese Persönlichkeit nicht als Gott, sondern als Mensch angegriffen würde, wenn etwa Jesus als sündiger Mensch, als verblendeter Tor und dgl. dargestellt wäre. Denn der Gottesglaube als solcher wird durch Herausstellen der menschlichen Schattenseiten des Stifters der Konfession nicht berührt, ein Urteil über die Religion mithin überhaupt nicht oder zumindest nicht unmittelbar ausgesprochen (vgl. *Kohler*, Goltd. Arch. 56 307).

Der Glaube kann sich des weiteren auch auf den Gott der anderen monotheistischen Religionen beziehen, heisse er Jehovah oder Allah. Darüber hinaus ist geschützt der Glaube an die unpersönliche, immanente Gottheit des Pantheismus (Gott = Natur), an die monistische «Gottnatur» im Sinne des Haeckelschen metaphysischen Materialismus, an den «allervollkommensten Geist einer höchsten Gemeinschaft» des Panidealismus eines R. M. Holzapfel usw. Darf der Unglaube strafrechtlichen Schutz beanspruchen, so darf es zumindest auch der auf seine Art Gottesgläubige, der ausserhalb der Konfession steht. Voraussetzung bleibt auch hier, dass die Schranken der Sittlichkeit und öffentlichen Ordnung gewahrt bleiben, was z. B. für den Fetischkult (vgl. Thormann, Prot. 4 324) zu verneinen wäre.

Zur Ueberzeugung in Glaubenssachen gehören ferner

Grundlehren und Glaubenssätze

einer Religionsgesellschaft, da sie den Inhalt des Glaubens ausmachen (Stooss, Z 17 170; Burckhardt, Prot. 4 322: «Schützen wir die Ueberzeugung, so sind die Dogmen mitgeschützt»). Es ist dies das Heiligste und Ehrwürdigste jeder Religion. Der Gottesglaube als der wesentlichste Inhalt jeder religiösen Vorstellung überhaupt ist im Tatbestand besonders hervorgehoben. Geschützt sind ebenso: der Glaube an ein ewiges Leben, an die Auferstehung der Toten, der Wunderglaube an Heilungen, der Glaube an ein Weltgericht, an Hölle, Teufel und Engel, die Lehre der Erbsünde, des Fegefeuers, der Transsubstantiation, der unfehlbaren Tradition oder päpstlichen Unfehlbarkeit, der Rechtfertigung allein durch den Glauben usw.

Ist dadurch, dass das Gesetz das gesamte Gebiet von Lehre und Dogma zum Angriffsobjekt macht, die Lehr- und Gewissensfreiheit nicht gefährdet? Es ist vorerst zuzugeben, dass Papst und ökumenisches Konzil die Substanz der Kirchenlehre mit der Aufstellung neuer Dogmen erweitern könnten, und damit zugleich das Gebiet der strafrechtlich geschützten Rechtsgüter. Auch könnten sich unerfreuliche Streitfragen ergeben, inwieweit Konzilsbeschlüsse oder reformatorische Bekenntnisschriften der Vergangenheit den Glaubenslehren zuzurechnen seien. Es ist aber anderseits zu beachten, dass die tatbestandliche Ausgestaltung der strafbaren Tätigkeit (Ziff. II), namentlich in der Modalität der Begehung «in gemeiner Weise» (Ziff. IIIb) das nötige Gegengewicht schafft: Dem Richter ist in der Subsumtion die Möglichkeit belassen, den Bereich der strafwürdigen Fälle auf ein tragbares Mass zu begrenzen. Diese Erwägung gilt auch für das weitere namentlich aufgeführte Angriffsobjekt der

Gegenstände religiöser Verehrung.[10]

Hiezu sind zu zählen: Die Hostie, die für die Bekenner der katholischen Kirche infolge des Dogmas der Transsubstantiation ein Gegenstand höchster Verehrung ist (Kt. Ger. St. Gallen 23. Jan. 1914, zit.

---

[10] Nicht gemeint sind damit die in Abs. 3 geregelten, dem Gottesdienst unmittelbar gewidmeten Gegenstände (res religiosae). Die in Abs. 1 tatbestandlich aufgenommenen res sacrae waren im VE 1894 nicht erwähnt, um eine besondere Rücksichtnahme auf eine bestimmte Konfession zu vermeiden (Stooss, Verh. 2 37) ebenso die folgenden VE. Vgl. auch Thormann, Prot. 4 325.

in BGE 40 I 371; Logoz, StenBull NatR 39 566), die Mutter Gottes, die Dreifaltigkeit, der Klerus, der Papst (BGE 57 I 112; Stooss, Mot. zum VE 1894, 118) Engel und Heilige (Lampert 257), die Bibel als die Grundlage des christlichen Glaubens und der christlichen Kirche (also in ihrer dogmatischen Bedeutung für den christlichen Lehrbegriff, nicht in ihrer Eigenschaft als Mittel des Unterrichts). Gemeinsam ist allen Gegenständen religiöser Verehrung, dass sie «rein geistige Produkte des menschlichen Denkens, immatriell körperlose Gegenstände» sind (*Beling* 5). Und wenn sie sich zuweilen, wie Hostie oder Bibel, in einem körperlichen Gegenstand sinnfällig kundgeben, so wird hier eine religiöse Idee von einem stofflichen Objekte getragen, demnach ist nicht dieses das geschützte Objekt, sondern die nach Lehre und Ritus sich hieran anknüpfende Beziehung, eine Abstraktion (*König* 118). Hingegen ist es nicht üblich, Gott und die Religionsgesellschaften als Gegenstände religiöser Verehrung zu bezeichnen (Stooss, Z 17 165). Gott ist aber als Ueberzeugung in Glaubenssachen, bzw. als Gottesglaube geschützt,

die Religionsgesellschaften

werden von *Thormann-v. Overbeck* (N. 6 zu Art. 261) gleichfalls unter die Ueberzeugungen in Glaubenssachen subsumiert, was aber zweifelhaft erscheint. Es ist eher mit *Stooss* (Z 17 170) anzunehmen, dass gegen Angriffe auf die Kirche in ihrer Gesamtheit oder von deren bestimmten Gliedern der allgemeine Rechtsschutz, wie ihn die Tatbestände der Ehrdelikte gewähren (Art. 173 ff. StGB), gilt und auch genügt.

Meinungsverschiedenheiten bestehen hinsichtlich des Strafschutzes der

Einrichtungen und Gebräuche.[11]

Nach *Thormann-v. Overbeck* (a. a. O.) gehören sie gleichfalls zu den Ueberzeugungen in Glaubenssachen. *Stooss* bejaht dies für die Einrichtungen, wogegen er die Entscheidung in bezug auf den kirchlichen Gebrauch von den Verumständungen des Einzelfalles abhängig machen möchte (Z 17 170). *Schrag* 43 schliesst aus dem Fehlen der Einrichtungen und Gebräuche im Tatbestande, dass das Gesetz auf

[11] Einrichtungen sind die auf Satzung beruhenden organischen Bestandteile der religionsgesellschaftlichen Verfassung oder Verwaltung: Gebrauch — die in der allgemeinen Ueberzeugung einer Religionsgesellschaft begründete tatsächliche Uebung oder Darstellung religiöser Ordnungen, einerlei ob sie auf geschriebenem oder ungeschriebenem Rechte beruhen (*Kahl*, Festsch. f. Brunner, 247).

diese «Aeusserlichkeiten» kein Gewicht lege, jedenfalls seien dies nicht Glaubenssachen.

Wenn das Gesetz die Einrichtungen und Gebräuche nicht erwähnt, so will das u. E. nicht heissen, es sei diesen der Strafschutz versagt. Vielmehr ist damit ins Ermessen des Richters gelegt, zu entscheiden, inwieweit im Einzelfalle eine Einrichtung oder ein Gebrauch schutzbedürftig und schutzwürdig sei. Denn die Einrichtungen und Gebräuche sind im Verhältnis zu- und untereinander durchaus nicht gleichwertig. Manche von ihnen bilden den «Zentralnerv eines Kirchenwesens», so etwa Christusverehrung, Marienkultus, christliches Predigtamt, Konfirmation, Sonntagsheiligung, Kirchengebet, Abendmahl, Messopfer, Beichte, Begräbnisordnung, Sitte der Bekreuzigung — nicht aber die Einrichtungen des Zölibates, bzw. der Ehegestattung für evangelische Geistliche, ebenso nicht die Gebräuche des christlichen Kollektenwesens, der Amtstracht der Geistlichen u. ä. —; unter Umständen schliesslich wohl etwa die Verfassungseinrichtungen des Konzils und des Priestertums, des Mönchs- und Ordenswesens, die Reliquienverehrung.[12]

Will man noch mit *Thormann-v. Overbeck* (N. 6 zu Art. 261) religionsgeschichtlich bedeutsame Persönlichkeiten und Ereignisse zu den Angriffsobjekten zählen, so lässt sich zusammenfassend feststellen, dass der mit der tatbestandlichen Formulierung der Angriffsobjekte gewährte Strafschutz den auf diesem Gebiete weitestgehenden kantonalen Gesetzen im wesentlichen gleichkommt. Er wird nicht dadurch gemindert, dass dieses Schutzes auch der Unglaube wie die keiner der bestehenden Religionsgesellschaften angehörigen Gottesgläubigen teilhaftig sind.

II. Die strafbare Tätigkeit.

Von der Art, wie die strafbare Tätigkeit tatbestandlich geordnet ist, hängt es zur Hauptsache ab, ob das Gesetz die ihm zugewiesene Aufgabe zu erfüllen vermag. Dem allgemeinen Grundsatz nachzuleben: Nur das Strafwürdige ist mit Strafe zu bedrohen, bereitet auf unserem Gebiete besonders grosse Schwierigkeiten. Es möchte beinahe scheinen, dass jeder Versuch, das Straflose vom Strafbaren tatbestandlich zu trennen, aus Gründen, die in der Materie selbst liegen, von vornherein zum Scheitern verurteilt sei. Denn es gilt, mit

[12] Dies die Gedankengänge von *Kahl* (Festschr. f. Brunner, 247). In Unkenntnis der kirchlichen Verhältnisse glaubten wir, einer anerkannten kirchenrechtlichen Autorität folgen zu dürfen.

der vorzunehmenden Abgrenzung in den Bereich des Strafschutzes nicht Gegenstände einzubeziehen, die von den straflos bleibenden verschieden sind, sondern die an einem und demselben Gegenstand geübte Tätigkeit je nach ihrer Art für strafbar oder aber für straflos zu erklären. Dieser Gegenstand ist die Ueberzeugung in Glaubenssachen, die Tätigkeit je nach ihrer Beschaffenheit straflose Kritik oder strafbare «Beschimpfung», «Verspottung», «Verunehrung».

Grundsätzlich ist Kritik in religiösen Dingen erlaubt. «Kritik und positive Lehre sind voneinander nicht zu trennen, jede Lehre stellt sich in Gegensatz zu den andern und behauptet sich durch die Verneinung der andern; die Behauptung hätte keinen Sinn ohne die Möglichkeit der Kritik. Ist die eine gewährleistet, so kann das andere nicht verboten werden. Das Recht der Kritik ist daher ebenfalls eine Konsequenz der Glaubens- und Gewissensfreiheit» (*Burckhardt*, Komm. 444). Wo hört aber die zulässige Kritik auf und wo fängt das Beschimpfende einer Aeusserung an?

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 49 BV hat sich je und je um diese Grenzziehung bemüht. Ihr vorangegangen sind einige bedeutsame Entscheide des Bundesrates. Nach vielerlei Tasten und Schwanken (worüber *König* 69—99 ausgezeichnet berichtet), hat sich eine einigermassen als ständig anzusprechende Praxis zum Problem des Religionsstrafrechtes herausgebildet. Die wichtigsten Punkte seien hier anhand des BGE 43 I 268 f. i. S. Müller rekapituliert (den unseres Wissens letzten hiehergehörenden Entscheid bringt Bd. 57 I 116 f. i. S. Christensen).

Nach Art. 49 BV ist neben der Freiheit der religiösen Ueberzeugung auch die Freiheit der Aeusserung in Glaubenssachen gewährleistet, allerdings in gewissen Schranken im Interesse des gesellschaftlichen Zusammenlebens. Neben der Rücksicht auf den konfessionellen Frieden tritt als Schranke das «Gebot der Achtung vor der Persönlichkeit des Mitmenschen, dem religiösen Fühlen und Empfinden anderer», auf. Nicht in dem Sinne, dass eine tatsächlich empfundene Kränkung als Strafgrund genügen würde; dies hiesse das Recht freier Kritik aufheben. Straflos bleibt die Kritik so lange, als sie religiöse Ueberzeugungen, seien sie positiv oder negativ, kundgebe unter Anwendung sachlicher, vom Recht nicht missbilligter Angriffs- und Verteidigungsmittel. «Für Aeusserungen, welche über diesen Rahmen hinausgehen und nicht mehr als ernsthafte Rechtfertigung eigenen Glaubens oder Unglaubens erscheinen, sondern auf ein blosses Verhöhnen und Lächerlichmachen anderer

heiliger Lehren und Einrichtungen hinauslaufen, kann der Schutz des Art. 49 BV nicht angerufen werden» (BGE 43 I 274 f.). Nach unserem Dafürhalten heisst dies: Beschimpfend ist eine Kundgebung, wenn sie die Grenzen erlaubter sachlicher Kritik überschreitet —, sachlich ist die Kritik, solange sie nicht zur Beschimpfung ausartet. Ein circulus vitiosus! In der Beurteilung der Grenzfälle, auf die es ja eigentlich ankommt, stehen wir nach wie vor auf schwankendem Boden.

Und in der Tat, nicht das so mühsam gewonnene theoretische Unterscheidungskriterium hat dem Bundesgericht zur Entscheidung der ihm vorgelegenen Streitfälle verholfen. Massgebend hiefür war vielmehr die Berücksichtigung von Form und Inhalt der jeweilen inkriminierten Aeusserungen, der jeweiligen Umstände, des Milieus, in dem sie gefallen sind, wie der Personen, denen sie gegolten hatten —, *tatsächliche* Feststellungen also, von denen in den erwähnten BGE gleichfalls die Rede ist. Es war letzten Endes stets eine Tatfrage, von welchem Punkte an die an sich statthafte Kritik die Grenze freier Meinungsäusserung überschritt und zur Beschimpfung des Gegenstandes der Kritik wurde. So ist es durchaus verständlich, dass keiner der getroffenen Entscheide so recht befriedigen konnte und in einem oder anderen Lager Unzufriedenheit auslösen musste. Und nicht von ungefähr ist anlässlich der Beratung unserer Gesetzesbestimmung in der Bundesversammlung allen Bemängelungen unscharfer Formulierungen immer wieder entgegengehalten worden, es sei dem Richter zuzumuten, dass er dessenungeachtet «den Rank» schon finden werde.

Dem Juristen liegt es aber trotzdem nahe, ungeachtet aller Schwierigkeiten, nach einem theoretisch brauchbaren Maßstab Ausschau zu halten. Dass einem im Ringen um eine klare juristische Begriffsbestimmung unbesehen auch unbrauchbare gefühlsmässige Umschreibungen in Hülle und Fülle unterlaufen, sei an einem Beispiel — es gibt deren viele — illustriert. Wir lesen bei *Studer:* Die gegensätzliche Polemik darf sich nicht in wutschnaubenden Ausbrüchen des Hasses, des Spottes und in widerwärtigen Schmähungen ergehen, nicht im schmutzigen Fahrwasser der gemeinen Befehdung und der ungerechten Kränkung herumsegeln (178). Sie darf nicht in Bahnen gelenkt werden, wo jeder sonst gewohnte Anstand aufhört (179). Wir fragen: Was ist mit diesen Kriterien in den schwierigen Grenzfällen anzufangen? In der sachlichen Kritik in religiösen Dingen, heisst es dort weiter, soll «die Wahrheit» (!) wegleitend sein

(166 ff.). Als ob das Wesen der interkonfessionellen Streitigkeiten nicht gerade darin bestünde, dass was dem einen Bekenntnis Wahrheit, dem anderen Abfall von der Wahrheit bedeutet. Nicht einmal die Kritik, die dem Gegner Gelegenheit geben will, sich mit dem Kritiker über gewisse Kontroverspunkte auseinanderzusetzen, soll vor Bestrafung wegen Beschimpfung sicher sein (184).[13] Man sieht: auf diesem Wege ist dem Problem nicht beizukommen.

Einen sehr beachtenswerten Lösungsversuch hat in neuerer Zeit *Kern* unternommen. Die Beschimpfungsdelikte sind ihm ein Teilgebiet der sogenannten Aeusserungsdelikte, derjenigen Verbrechensfälle, die durch Kundgebung mit Gedankeninhalt begangen werden. Ihnen allen ist tatbestandlich ihr *Inhalt*, bzw. Sinn *wesentlich, nicht die Form*. Zwar bedarf jede Kundgebung, damit sie in Erscheinung treten kann, notwendigerweise einer äusseren Einkleidung, aber wie diese Form jeweilen beschaffen ist, spielt grundsätzlich keine Rolle (9 ff. 14 f., 16). Von dieser Erkenntnis wollen wir uns leiten lassen in der nun folgenden Untersuchung der Merkmale, die Art. 261 I tatbestandlich als strafbare Tätigkeit bezeichnet.

Strafbar ist, wer ... beschimpft oder verspottet oder ... verunehrt. Allen diesen Begriffen ist gemeinsam, dass sie der täglichen Sprache geläufig sind, ohne dass es anderseits bis heute gelungen wäre, sie im technisch-juristischen Sinne eindeutig festzulegen. Im Rahmen des StGB ist von diesen Begriffen beachtenswerterweise nur äusserst sparsamer Gebrauch gemacht worden. Dass der schweizerische Strafgesetzgeber den

Beschimpfungsbegriff

glaubte nicht entbehren zu können, trotz der ausserordentlichen Auslegungsschwierigkeiten und ungeachtet der daraus resultierenden mangelnden Bewährung namentlich in Deutschland, verdient noch besonders hervorgehoben zu werden. In den gesetzgeberischen Vorarbeiten finden wir recht dürftige Auskunft über Inhalt und Sinn dieses Begriffes, und es drängt sich die Annahme auf, man sei sich

[13] Und es mutet vollends recht befremdlich aus der Feder eines Katholiken an, wenn *Studer* der «tiefen religiösen Ueberzeugung» vorhält, «dass der davon Erfüllte seine ganze Kraft und Energie und sein feuriges Temperament in den Dienst der positiven, religiösen Hebung des Volkes stellt, sich somit vorwiegend mit den ureigensten, innersten Fragen seiner Konfession beschäftigt» (180). Käme dies nicht einem Verzicht auf die — verfassungsmässig garantierte — Propaganda gleich, einem Verzicht, den die kath. Kirche sicher nicht auf sich nehmen würde. Man vgl. etwa *Lampert* 175 f. über deren universale Sendung.

der erwähnten Schwierigkeiten gar nicht oder in ungenügendem Masse bewusst geworden. Immerhin ist zu beachten, dass die Art. 296 bis 298 StGB, wie schon die entsprechenden Bestimmungen des E 1918, von «beleidigen» bzw. «beleidigenden Handlungen» sprechen, wo es in früheren VE noch «beschimpfen» bzw. «beschimpfende Handlungen» geheissen hat (vgl. Art. 220 und 221 des VE 1908). Daraus ergibt sich zweierlei: einmal, dass «beschimpfen» ursprünglich im Sinne von «beleidigen» gesetzt und dieser terminus schliesslich dem anderen vorgezogen wurde (ein gesetzgebungstechnisch durchaus zu billigendes Verfahren). Zum zweiten — und dies ist für uns die wichtigere negative Feststellung —, dass der *Begriff des «Beschimpfens»* in unserem Artikel *mit der «Beleidigung» nicht identifiziert werden darf*. Ein Hinweis auf Art. 177 StGB ist jedenfalls kein stichhaltiges Gegenargument. Allerdings ist dort Beschimpfung (injure) Beleidigung, ein Ehrangriff, der auf andere Weise als durch üble Nachrede oder durch Verleumdung begangen wird. Es handelt sich aber eben um einen *Ehr*angriff, und als Schutzobjekt um die Wertung und Geltung einer Person von seiten seiner Mitmenschen (äussere Ehre, Ruf, Ansehen). Hier in Art. 261 ist das Schutzobjekt der konfessionelle Friede, allenfalls anerkanntermassen nicht die Ehre. Und im französischen Text wird «beschimpfen» nicht mit «injurier» (= beleidigen), sondern mit «offenser» (ital.: «offendere») wiedergegeben.

Dass Beschimpfung der Beleidigung nicht gleichzusetzen ist, dass sie vielmehr über diese hinausgehe, ist ein in Doktrin und Praxis zum deutschen RStGB feststehender Satz. Aeusserst umstritten ist dagegen, worin dieses Mehr bestehe. Ist es eine besonders *rohe Form* der Aeusserung *oder* deren schimpflicher Inhalt? [14] Fassen wir jedes dieser Kriterien näher ins Auge.

Roh ist ein negativer Begriff. Einen greifbaren bzw. eindeutigen Sinn hat er nur, insofern seine positive Entsprechung unmissverständlich ist. Aussagen, wie etwa die folgenden: roher Marmorblock (nicht von Menschenhand bearbeiteter), rohes (nicht mildes) Klima, rohe (ungekochte) Milch, geben zu keinen Zweifeln über deren Bedeutungsgehalt Anlass. Welches ist aber das positive Gegenstück

[14] Oder liegt das Beschimpfende in dem hinter der Aeusserung steckenden *Motiv?* Die Vertreter dieser Ansicht gehen zum Teil davon aus, dass es unmöglich sei, den Begriff des Beschimpfens objektiv festzustellen. Sie suchen deshalb dem Problem von der subjektiven Seite her beizukommen. Es scheint uns systematisch richtiger, diese Lösungsversuche anlässlich der Untersuchung des subjektiven Tatbestandes (unter Ziff. IV) zu besprechen.

einer rohen Form? Definiert man einen formell rohen Ausdruck als eine dem Niveau des Ungebildeten entsprechende Redewendung, so ist zu sagen, dass Bildung wie Unbildung durchaus fliessende Begriffe sind. Diese Antithese vermag uns daher den gesuchten Aufschluss darüber, was eine rohe Form ist, nicht zu geben. Sie lässt uns in der Unterscheidung des Kräftigen und Derben, das auch «Gebildeten» eigen sein kann, vom Rohen gleichfalls im Stich. Erst recht gilt dies von der überlieferten, in der Heiligen Schrift begründeten derben Redeweise der Kirche. Wenn in der offiziellen Kritik, die die Bekenntnisse gegenseitig üben, Papst oder Messe, bzw. die lutherischen und reformierten Symbole als «grösste und schrecklichste Greuel» bezeichnet werden und Worte, wie «Götzendienst», «Ketzer», «Abgötterei», «Teufelswerk», «Konkubinat» usw., gang und gäbe sind, so sind dies zweifellos «rohe» Ausdrücke. Ebenso sicher ist es aber, dass sie keine Beschimpfungen im strafrechtlichen Sinn sein können: Geschichtliche Formen der kirchlichen Lehren wird wohl kein Gesetz der Gegenwart unterdrücken wollen.

Der Einwand lässt sich verallgemeinern. Das Kriterium der *rohen* Form wird aufgestellt, um statthafte Angriffe auf Ueberzeugungen in Glaubenssachen von den strafbaren abzugrenzen. Die «gebildete», «anständige», «angemessene» Ausdrucksweise wird der Angegriffene wohl selten vermissen. Dem in religiösen Dingen besonders empfindlichen Menschen gilt so mancher Ausdruck als roh, der ausserhalb des Bereiches des Religiösen, etwa in einer wissenschaftlichen oder politischen Polemik, gar nicht als solcher empfunden würde. Soll nun der Richter die Empfindlichkeit des Angegriffenen zum Maßstab seiner Beurteilung machen? Das schwerwiegendste Bedenken aber gegen das Kriterium der rohen Form besteht im folgenden: Angenommen, es liesse sich die Roheit einer Ausdrucksweise objektiv feststellen, so würde ihre Bestrafung eine Aeusserlichkeit treffen, das Delikt wäre Verletzung des guten Tones, der Richter «Gehilfe des Sprachlehrers und des Lehrers für gute Umgangsformen» (*Kohlrausch* 62). «Der ehrliche Mensch, der geradeheraus sagt, wie er denkt, verfällt dann als angeblicher Religionsverächter dem Strafrichter, wenn er die Worte nicht auf die Goldwaage gelegt hat; der Fuchs dagegen, der die Worte zierlich zu zetzen versteht, geht straflos aus, auch wenn er das Heilige sachlich aufs gröbste verunehrt! Das glaube, wer kann! Ein ärgeres Haften an Aeusserlichem lässt sich kaum denken» (*Beling* 15).

Anderseits wird im *Inhalt* der Aeusserung das Merkmal des Beschimpfenden gesucht. Dieser — wie sogleich zu zeigen sein wird, — einzig gangbare Weg wird aber verrammelt, sobald am Kriterium der rohen Form festgehalten und von diesem aus durch besondere Auslegung auf den Inhalt zu kommen gesucht wird. Das logisch Widerspruchsvolle einer solchen Konstruktion zeigt sich in der Praxis des deutschen Reichsgerichtes von der Zeit um die Jahrhundertwende an. Nach wie vor gilt es als indiskutabel, dass das Charakteristikum der beschimpfenden Aeusserungen die Roheit der Ausdrucksweise, die besonders verletzende, rohe Form sei. Dieser Satz wird nun dahin ausgelegt, dass die verletzende Roheit nicht in den gebrauchten Ausdrücken, also im sprachlichen Ausdruck zu liegen brauche. Vielmehr komme es darauf an, «in welcher Weise dem Gedanken, der Missachtung Ausdruck gegeben ist». Dieser Interpretation zufolge wird angenommen, «dass die Missachtung dadurch einen rohen und verletzenden Ausdruck finden könne, dass sie in der Form der Behauptung einer für den Angegriffenen an sich schimpflichen Tatsache auftrete» (RGE 31 306 f.). Die Unhaltbarkeit dieser Konstruktion weist *Kohlrausch* 71 f. mit folgenden Worten schlagend nach: «Der Inhalt genügt nicht, eine rohe Form wird gefordert, diese kann insbesondere im Ausdruck liegen, aber nicht nur im sprachlichen Ausdruck, sondern auch darin, wie der Missachtung Ausdruck gegeben ist, also — im Inhalt! Die Art und Weise, wie einem Gedanken ‚Ausdruck gegeben' ist, soll sich bemessen nach dem Inhalt des Gedankens!» Dieser Kritik entgeht auch die neuere reichsgerichtliche Fassung nicht, wonach zur Beschimpfung eine nach Inhalt und Form oder auch nach Inhalt oder Form verletzende Kundgebung der Missachtung erforderlich sei (RGE 61 153). Denn es wird auch in dieser Formulierung der Form, sei es kumulativ mit dem Inhalt, sei es alternativ mit ihm, eine Bedeutung beigelegt, die der äusseren Einkleidung einer Kundgebung vor dem Strafgesetz nicht zukommt.

Niemand hat Anspruch darauf, dass seiner Glaubensüberzeugung von seiten Andersdenkender Achtung erwiesen werde, ebensowenig, dass Kundgebungen der Geringschätzung zu unterlassen seien. Jedem, der von der Wahrheit seiner eigenen religiösen Ueberzeugung durchdrungen ist, gelten alle entgegenstehenden als Irrlehren, und es kann unmöglich von ihm verlangt werden, dass er sie achte oder hochschätze. Er wird sie im Gegenteil als minderwertig und verurteilenswert je nach Temperament und Redegewandtheit mehr

oder minder heftig angreifen. Seine Kritik wird naturgemäss ein Unwerturteil sein. Der Straflosigkeit solcher Aeusserungen eine Grenze so zu ziehen, dass sie, wie es namentlich das Bundesgericht postuliert, das Gebot der Achtung vor dem Mitmenschen zu respektieren hätten, heisst psychologisch Unmögliches verlangen. Denn das Religiöse ist mit dem Menschen derart innig verflochten, dass es schlechterdings unausdenkbar ist, wie es einerseits zwar zulässig sein soll, den religiösen Ueberzeugungen des anderen die Achtung zu versagen, anderseits aber trotzdem geboten, ihm die der Persönlichkeit gebührende Achtung zu bekunden. Die dem Religiösen durch die Kritik erwiesene Missachtung gilt eben notwendigerweise auch dem Menschen, der sich zu diesem Religiösen bekennt. Macht man mit dem Gebot der Achtung vor der Persönlichkeit ernst, so ist es ein Widerspruch, erlaubte sachliche Kritik anzuerkennen. Auf die Form kann es, wie dargetan, nicht ankommen, und eine Kritik in Glaubenssachen, die ohne Unwerturteile auszukommen vermöchte, gibt es u. E. überhaupt nicht.

Nicht Unwerturteile auszusprechen, in welcher Form auch immer, sollte religiöser Kritik untersagt sein, ein Verbot, das ihr Ende bedeuten würde, sondern nur der *Gebrauch unlauterer Mittel* (1) wie der *Missbrauch religiöser Kritik zum Austrag religionsfremder Polemiken* (2).

1. Das dem anderen Heilige und Verehrungswürdige wird verächtlich gemacht durch Unterstellung an sich verächtlicher, unbewiesener oder unbeweisbarer Tatsachen. Das klassische Beispiel hiefür ist der zu verschiedenen Zeiten, bald in einem, bald in anderem Lande dem Judentum zur Last gelegte Ritualmord, die Behauptung, es sei das Ermorden christlicher Kinder zu gottesdienstlichen Zwecken ein alljährliches Bedürfnis des Judentums, um sein Osterfest in einer dem Judengotte wohlgefälligen Weise feiern zu können (vgl. RGE 28 403). Für die Subsumtion dieser Tatsachenbehauptung unter den Beschimpfungsbegriff spricht vor allem der für die Interpretation unserer Gesetzesstelle massgebende Gesichtspunkt der Wahrung des interkonfessionellen Friedens. Wie stark dieser in einem Falle wie der zitierte gefährdet werden kann, hat die Erfahrung eindringlich genug gezeigt.

2. Es macht jemand die Ueberzeugungen anderer in religiösen Dingen verächtlich, indem ihm die Kritik nicht Selbstzweck, sondern lediglich Mittel zu einem ausserhalb des Religiösen liegenden Zweck ist. So ist das Messopfer objektiv beschimpft, wenn deren

Worte und Formeln herangezogen werden, um einen mit dieser Einrichtung in gar keinem Zusammenhang stehenden Vorgang des politischen Lebens, das Wahlbündnis zweier politischer Parteien zu verurteilen (BGE 43 I 273 ff.). Beschimpft die Taufe, wenn ein Angeklagter, der sich wegen irgendeines Deliktes zu verantworten hat, auf die Frage des Richters, ob er vorbestraft sei, erwidert, er sei erstmals durch die Taufe vorbestraft worden (RGE 67 375; unrichtigerweise erscheint dem RGer. beschimpfend das in dieser Aussage zum Ausdruck kommende Werturteil). Beschimpft ist der Heiland, wenn er in Gasmaske und Soldatenstiefeln auf einem Bilde am Kreuz dargestellt wird, womit der Militarismus gegeisselt werden soll (RGE 64 121 ff.: Prozess Georg Grosz).

Eine andere Frage ist, ob derartige objektiv beschimpfende Aeusserungen straflos bleiben sollen,[15] wenn sie nicht in gemeiner Absicht und aus verwerflichen Beweggründen getan werden. Hierauf wird bei der Erörterung des subjektiven Tatbestandes (unter Ziff. IV) zurückzukommen sein.

Alternativ mit der Beschimpfung von Glaubensüberzeugungen nennt das Gesetz als strafbare Tätigkeit das

Verspotten.

Diesem Terminus begegnen wir in einigen kantonalschweizerischen Strafgesetzen, so in Bern (durch Bezeigung von Spott oder Verachtung herabwürdigen), Obwalden (durch Schmähung oder Verspottung herabzuwürdigen suchen), Appenzell I.-Rh. (auf eine beschimpfende Weise verspotten), Graubünden und Thurgau (durch Ausdrücke des Spottes oder der Verachtung herabwürdigen), ähnlich auch mehrere ausländische Gesetze, vgl. *Kahl* VDB 44 f. An diesen Beispielen lässt sich die gesetzgeberische Absicht klar erkennen: es soll neben der verächtlichen, der Verachtung preisgebenden Aeusserung auch diejenige erfasst werden, die *lächerlich machen* will. In diesem Sinne definiert finden wir den Ausdruck auch im Kommentar von *Thormann-v. Overbeck* (N. 8 zu Art. 261). Begreiflich fällt darunter neben dem humorvollen harmlosen Witz auch der feine zersetzende Spott, beides Aeusserungen des Geistes, deren Bestrafung nicht im öffentlichen Interesse liegen kann, so wenig wie dies

[15] Strafbar sind sie nach Art. 261 I StGB überdies erst, wenn sie (öffentlich und) in gemeiner Weise sich kundgeben, vgl. unt. sub III.

eine noch so herbe und schroffe, sachliche Kritik ist.[16] Strafwürdig ist nur die *gemeine* Verspottung, «diejenige, die den Gegenstand in den Kot herunterzieht und der Beschimpfung sehr nahe steht» (Müller, Z 17 33). Dass das Gesetz nur diese Fälle erfassen will und wird, ist durch die vorgesehene Modalität der «gemeinen Weise» ihrer Kundgabe hinlänglich verbürgt.

Mit Bezug auf die Gegenstände religiöser Verehrung wird der Angriff als

Verunehren

bezeichnet. Hält man daran fest, dass mit den Gegenständen religiöser Verehrung im Abs. 1 nicht die für den Kultgebrauch bestimmten Gegenstände gemeint sind, so kann die Verunehrung hier allenfalls nicht durch beschimpfenden Unfug geschehen, wie dies von *Thormann-v. Overbeck* (N. 14 zu Art. 261) und auch von *Lang* (Prot. 4 323) angenommen wird. Vielmehr will hier[17] verunehren sachlich das gleiche wie *beschimpfen* bedeuten (so auch Köpfli, SJZ 16 157). Die Verwendung des besonderen Ausdruckes rechtfertigt sich wohl nur aus sprachlichen Gründen; es ist dem Sprachgefühl unangemessen, von einer an «Gegenständen» verübten «Beschimpfung» zu sprechen.

Mittel der strafbaren Tätigkeit sind vor allem das (gesprochene, geschriebene, gedruckte) Wort, daneben auch Handlungen, wie bildliche[18] oder andere Darstellungen. Das StGB hat, einem allgemeinen Grundsatz entsprechend, auf die Enumerationsmethode verzichtet (Anders noch von den kantonalen Gesetzen etwa Schwyz, Schaffhausen, beide Appenzell, Graubünden, Thurgau, Wallis).

Mit Rücksicht auf die Presse als mögliches Mittel der strafbaren Tätigkeit, könnte die Frage nach der strafrechtlichen Verantwortung

---

[16] «Das Strafgesetzbuch hat gegen Brutalität und Niedertracht zu kämpfen, nicht gegen Geist. Geistige Kämpfe werden anderswo als in den Gerichtsstuben ausgefochten» (Müller, Z 17 33). «Was die Form des Angriffs, Hohn und Spott anbetrifft, so ist mit Recht darauf hingewiesen worden, dass ohne die scharfe Waffe der Satire noch keine Geisteskämpfe ausgefochten worden sind» (Zürcher, Erl. 342 f.).

[17] Ueber den Sinn des Ausdrucks in Abs. 3 vgl. unten S. 78.

[18] Ausser dem bereits zitierten Fall Grosz (RGE 64 121 ff.) sei hiezu noch folgender Fall aus der reichsgerichtlichen Judikatur angeführt (RGE 5 355): Auf dem Titelblatt eines Liedes ist das Innere einer christlichen Kirche dargestellt. Aus Tonnen, die auf dem Altar liegen, wird von einer weiblichen Figur Getränk gezapft. Auf der Kanzel schwingt ein Soldat ein gefülltes Glas. Den Altar umgeben tanzend und küssend Soldaten mit Mädchen im Arme. Beschimpfung des Predigtamtes und des Abendmahles.

des Redaktors usw. praktisch werden. Hiezu ist — vorbehältlich der einschlägigen pressrechtlichen Vorschriften — zu sagen, dass allein im Abdruck einer beschimpfenden Aeusserung eines anderen ohne eigene Stellungnahme wohl kaum Mittäterschaft anzunehmen sein dürfte. Denn aus der Tatsache der Veröffentlichung als solchen ist die Zustimmung zum Inhalt nicht zu entnehmen, nicht einmal dann, wenn das Blatt, der Verlag usw. die Gesinnung des Täters in politischer und weltanschaulicher Richtung teilen oder ihr nahestehen sollte. Aehnlich wird über die Strafbarkeit desjenigen zu entscheiden sein, der lediglich mitteilt, dass ein anderer beschimpft habe. Es müssten besondere Umstände gegeben sein, die als beweiskräftig genug dafür angesehen werden können, dass der Mitteilende nicht bloss eine fremde beschimpfende Aeusserung zur Kenntnis bringen, sondern selber dieselbe Aeusserung machen wollte. Er wird dann aber nicht wegen der erfolgten Weitergabe, sondern wegen eigener beschimpfender Aeusserung straffällig.[19]

III. Die Modalitäten der strafbaren Tätigkeit.

a) «*öffentlich*».

Im Gegensatz zu der in früherer Doktrin und Praxis vertretenen Auffassung (vgl. *Wahlberg*, Ges. Schr. I 108 ff.) ist nach jetziger ständiger Rechtsprechung nicht erforderlich, dass die Handlung an einem *öffentlichen* Orte begangen wird. Es kann dies vielmehr auch an einem *privaten* Orte geschehen. Wesentlich für den Begriff der Oeffentlichkeit ist, dass die Handlung bewussterweise in einer Art und Weise ausgeführt wurde, die ihre Wahrnehmung von seiten unbestimmt welcher und wie vieler Personen ermöglicht (*Thormann-v. Overbeck*, N. 10 zu Art. 261). Den Gegensatz zu diesem nach Zahl und Individualität unbestimmten Personenkreis bildet der in sich verbundene und nach aussen abgeschlossene Kreis. Wesentlich ist ihm «das Bestehen eines inneren Bandes von wechselseitigen, persönlichen, eine gewisse Vertrautheit begründenden Beziehungen, welche zwischen den einzelnen diesen Kreis bildenden Personen, den Täter eingeschlossen, vorhanden sind und der Mehrheit den Charakter einer nach aussen abgegrenzten geschlossenen Einheit geben»

[19] Vgl. RGE 64 56: Das Verbreiten einer beschimpfenden Aeusserung eines anderen ist nur dann strafbar, wenn erkennbar der Verbreiter die beschimpfenden Aeusserungen sich derart zu eigen macht, dass er durch die Verbreitung selbst beschimpft.

(RGE 49 148). Eine derartige Beschaffenheit des Kreises schliesst die Oeffentlichkeit aus. Danach wird eine in der Familie oder unter Freunden gefallene Aeusserung des Merkmals der Oeffentlichkeit entbehren. Anderseits sind öffentlich: Aussagen in einem öffentlichen Wirtslokal, zu der jedermann Zutritt hat und wo eine Anzahl Personen auch anwesend sind (BGE 39 I 353); Schriften für den Massenverbrauch und im besonderen Falle noch Verkauf an einer öffentlichen Versammlung (BGE 35 I 340), Presse, Radio usw. Von diesen unproblematischen Fällen abgesehen, werden die besonderen Umstände des Einzelfalles auf das oben gegebene Kriterium hin zu prüfen sein. So dürfte in der Regel den in einem Fabrikraum beschäftigten Arbeitern das für die Nichtöffentlichkeit erforderliche persönliche Verhältnis fehlen, da dieses durch die Gleichheit der Arbeitsbedingungen allein nicht hergestellt wird. In diesem Sinne hat das Kantonsgericht St. Gallen i. S. Scherrer entschieden, der vor Nebenarbeitern in einem Fabriksaal die Hostie beschimpft hatte (vgl. BGE 40 I 370 ff.), ebenso das Kriminalgericht Schwyz für eine Aeusserung in einer geräumigen Werkstatt, in der eine grössere Anzahl von Arbeitern beschäftigt war (SJZ 18 227 Nr. 177). Es ist immerhin möglich, dass im Einzelfalle die in einer Fabrik beschäftigten Arbeiter einen fest abgeschlossenen Personenkreis bilden, vgl. RGE 31 413. Für Mitgliederversammlungen politischer Vereine wird Oeffentlichkeit anzunehmen oder zu verneinen sein, je nach der jeweiligen rechtlichen und tatsächlichen Vereinsgestaltung, so etwa nach den Voraussetzungen des Mitgliedschaftserwerbs und -verlustes, nach der jeweilen bestehenden persönlichen Beschaffenheit der Beziehungen unter den Mitgliedern und nach sonstigen Umständen. Die Tatsache der Vereinszugehörigkeit und die dadurch bedingte Gemeinsamkeit des verfolgten Zweckes allein lassen den Schluss auf das Vorhandensein des inneren Bandes noch nicht ohne weiteres zu (RGE 40 262 f.).[20]

[20] Aehnlich ist für eine Verbandsversammlung der Arbeiterschaft zu entscheiden (RGE 44 133 f.); Oeffentlich sind Aussagen vor bzw. unter Gefangenen, da die gleichzeitige Verbüssung der Strafen und die dadurch bedingte Gleichheit der äusseren Lebensbedingungen das innere Band nicht zu schaffen vermögen (RGE 49 148). Vgl. auch RGE 65 113 über die verschiedenen in einem Eisenbahnabteil sich bietenden Möglichkeiten. Oeffentlichkeit hatte auch der Bundesrat im Falle Felder (Salis, Bundesr. Nr. 1003) angenommen: Aussage in eigener Brennhütte vor zwei Zeugen; *Burckhardt* Komm. 445 spricht sich — wohl mit Unrecht — für Nichtöffentlichkeit dieser Aussage aus.

b) «*in gemeiner Weise*».

In *Grimms* Wörterbuch wird als «gemein» (Ziff. 8 lit. c) dasjenige bezeichnet, was Roheit des Gefühls, schlechte Sitten und verächtliche Gesinnungen anzeigt. Man ist geneigt, unser Merkmal nicht objektiv, das heisst als Modalität des objektiven Tatbestandes, sondern nach der subjektiven Seite hin, also als «gemeine Gesinnung» aufzufassen. In diesem Sinne legt die Wendung *Schrag* 40 aus: sie beziehe sich auf die Gesinnung, die zur Erfüllung des Tatbestandes vorhanden sein müsse. Aber schon der auf die zitierte Grimmsche Begriffsbestimmung folgende Nachsatz macht uns an der «Gesinnungstheorie» irre. In der geläufigen Redeweise: er hat ihn in gemeiner Weise beschimpft, könne, heisst es dort, «doch auch noch mehr die pöbelhafte Form, als der sittliche Wert oder Unwert» gemeint sein. Soweit Grimm.

Suchen wir als Juristen nach einer Entscheidung anhand des StGB, so fällt uns zunächst auf, dass in Art. 231—233 (je Abs. 1 Satz 2) StGB ausdrücklich von «gemeiner Gesinnung» als Tatbestandsmerkmal die Rede ist, vgl. auch Art. 145 StGB. In unserer Bestimmung ist hingegen die Gesinnung expressis verbis nicht erwähnt. Hier ist aus dem Bindewort «und» (öffentlich *und* in gemeiner Weise) eher herauszulesen, dass unsere Wendung dem Worte «öffentlich» koordiniert sein will, das heisst, wie dieses im objektiven Sinne zu gelten habe. Wir erinnern uns ausserdem noch daran, dass in der 2. grossen ExpKomm. Müller die Wendung «böswillig beschimpft» und Burckhardt «boshaft beschimpft» vorgeschlagen haben, beide Anträge aber abgelehnt wurden (Prot. 4 312, 313). Man war also offensichtlich gegen die Einengung des Vorsatzes durch das Erfordernis einer darüber hinausgehenden besonders beschaffenen Willensrichtung des Täters. Nach unseren früheren Ausführungen über den Beschimpfungsbegriff schliesslich können wir auch nicht zugeben, dass die «rohe Form», die sich als Kriterium jenes Begriffes als unbrauchbar erwiesen hatte, an anderer Stelle tatbestandlich fixiert, nunmehr das Wesen der gemeinen Weise ausmachen soll (wie dies *Meyer von Schauensee*, GerS 86 58 und *König* 174 annehmen).

Was bedeutet nun aber, nach diesen negativen Feststellungen, unsere Wendung positiv? BR Häberlin sagt hierüber (StenBull NatR 39 577): «Für jeden praktischen Richter ist das Wort ‚in gemeiner Weise' plastisch genug ... und wird ihm die richtige Wegleitung ge-

ben: sein Herz und sein Verstand miteinander werden ihn leiten. Darauf liegt das Hauptgewicht...» Er gibt aber selber zu, dass der Jurist, der «eine tüftelige Einschachtelung braucht», trotzdem versuchen könnte, sich über das Wort begrifflich klar zu werden. Dass und warum die subjektivistische Auffassung abzulehnen sei, haben wir (als — wie wir glauben — wesentlichen Teil der gesuchten Klärung) bereits oben dargetan. Dass es für das StGB zweckmässig war, subjektiv das Vorsatzerfordernis genügen zu lassen, bleibt noch auszuführen (vgl. unt. Ziff. IV am Ende).

Strafbar ist eine objektiv als Beschimpfung oder Verspottung qualifizierte, öffentlich kundgegebene Aeusserung dann, wenn sie unter *äusseren Umständen* erfolgt, die sie für den konfessionellen Frieden besonders gefährdend erscheinen lassen. Solche Umstände sind namentlich: die *Zeit* der Kundgabe (bei vorhandenen interkonfessionellen Spannungen, allgemeiner Gärung, Zelebrierung eines Kultaktes und dergleichen), der *Ort* (Gotteshaus der angegriffenen Konfession, vor allem, wenn ihr der Täter nicht angehört, Gegenden mit einer Bevölkerung, die sich zum überwiegenden Teil aus Angehörigen des beschimpften Glaubensbekenntnisses zusammensetzt), die *Personen*, denen die Kundgabe gilt (Jugendliche, die äusserer Beeinflussung leicht unterliegen, ebenso Erwachsene mit unausgewogenem eigenem Urteilsvermögen), der *Täter* (in Missbrauch amtlichen Lehrauftrags, von Ueberordnungsverhältnissen Handelnde, Geistliche usw.). Die Gemeinheit in dem hier in Frage kommenden Sinne wäre also nicht danach zu bemessen, wie die Aeusserung von den Betroffenen empfunden wurde. Massgebend für die Beurteilung wäre vielmehr der Standpunkt, wie ihn eine unbeteiligte Drittperson einnehmen würde. Zum Teil wird es sich hier um Umstände handeln, die der Richter auch in der Strafzumessung (Art. 63 StGB) zu berücksichtigen haben wird.

IV. Der subjektive Tatbestand.

Das Gesetz hat im Wortlaut unseres Abs. 1 das subjektive Tatbestandserfordernis nicht ausdrücklich hervorgehoben. Abweichend von früherer legislativer Technik kommt dies, einem allgemeinen Grundsatz zufolge, nur dann im Tatbestand zum Ausdruck, wenn zur Strafbarkeit eine besonders beschaffene Willensrichtung des Täters gefordert wird. Von diesen Fällen (zu denen auch die Abs. 2 und 3 des Art. 261 StGB gehören) abgesehen, wird in subjektiver

Hinsicht, auch ohne tatbestandliche Fixierung, also auch hier, *Vorsatz* verlangt. Gemäss der Legaldefinition des Art. 18 II StGB bedeutet der Vorsatz Wissen und Wollen der Tat: der Täter muss umsämtliche Tatbestandsmerkmale, die zum objektiven Tatbestand gehören (oben Ziff. I—III) gewusst und sie in seinen Willen aufgenommen haben. Auch dolus eventualis genügt. Ueber Fälle fehlenden Vorsatzes vgl. *Thormann-v. Overbeck* N. 15 zu Art. 261.

Ein über den Vorsatz hinausgehender animus iniurandi, das heisst die *Absicht* der Beschimpfung oder Verspottung, ist daher *nicht Tatbestandsmerkmal.* «Dass der Täter es gerade auf diesen Erfolg abgesehen, derselbe der Beweggrund und Endzweck seines Handelns gewesen sei, ist nicht erforderlich» (BGE 43 I 273, ebenso 40 I 372). Für die Frage der Strafbarkeit *unerheblich* sind die *Motive* der Tat. Besondere Beachtlichkeit des Beweggrundes oder Zweckes, wie andererseits besondere Gemeinheit und Verwerflichkeit sind nach freiem richterlichem Ermessen im Strafmass zu berücksichtigen (Art. 63 StGB).

Wird diese Regelung der Eigenart der Delikte gerecht, die in einem Angriff auf die Glaubensüberzeugung anderer bestehen? Vorhin wurde in anderem Zusammenhang (ob. S. 51) darauf hingewiesen, dass in der 2. grossen ExpKomm. zwei Anträge gestellt wurden, die die Strafbarkeit der Tat vom Nachweis der «Böswilligkeit» bzw. «Boshaftigkeit» abhängig machen wollten. Auf der gleichen Ebene der Begrenzung der Strafbarkeit der Tat durch die Gesinnung des Täters bewegen sich lebhafte Erörterungen namhafter deutscher Juristen, die bereits anlässlich der Untersuchung des Beschimpfungsbegriffs beiläufig erwähnt (ob. S. 39 Anm. 1), an dieser Stelle am zweckmässigsten des näheren ins Auge zu fassen sind.

Nach Kahl (VDB 89 f., Festschr. f. Brunner 241 ff., Festg. f. Frank 313 f.) sollte sich der Strafgesetzgeber in der Regelung unseres Gebietes zur Richtschnur nehmen, dass nur die äussersten und sozusagen unerträglichen Fälle zu erfassen sind. Sollen Streiter, die keine Kriminalfiguren sind, dem Zugriff des Strafrichters fernbleiben, so muss der Tatbestand eine Formulierung erhalten, die die Subsumtion aller jener Fälle ausschliesst, «in denen der gute Glaube, ehrliche Absicht, heiliger Zorn, stürmischer Wahrheitsdrang, religiöse Erregung das Wort auf die Lippen gelegt haben». Der für so viele andere Deliktstatbestände erforderliche und durchaus ausreichende Vorsatz vermag hier eine gerechte Bestrafung nicht zu verbürgen. «Die Handlung muss in einer darüber hinausgehenden

verwerflichen Absicht, aus gemeinen Motiven, mit schimpflichem Zwecke begangen sein.» Beweggrund oder Zweck der Tat gehört also mit zu den Erfordernissen des subjektiven Tatbestandes, was mit dem tatbestandlich aufzunehmenden Worte «böswillig» ausgedrückt werden könnte. Man wende gegen diesen Vorschlag nicht (mit *Kohlrausch* 78 f.) ein, dass damit der verpönte Grundsatz: «Der Zweck heiligt die Mittel» sanktioniert würde. Es ist nicht einzusehen, warum das beachtliche Motiv der Tat, ein in der Strafzumessung längst anerkannter und geübter Entschuldigungsgrund, nicht auch für die Tatbestandsbildung selbst verwertbar und gerechtfertigt wäre. Wenn auf diese Weise der Tragweite der Vorschrift Schranken gesetzt werden, so liegt darin sachlich kein Einwand, sondern eben die angestrebte Gewähr dafür, dass ehrliche, wenn auch ausfällige Streiter, namentlich aus den Reihen von Wissenschaft und Kunst, nicht dem Strafrichter verfallen. Durch Vertiefung des kalten abstrakten Vorsatzbegriffes will Kahl de lege ferenda die Mängel des geltenden Rechts beheben. Das in der reichsgerichtlichen Judikatur für die Auslegung des Beschimpfungsbegriffes massgebende Kriterium der rohen Form (vgl. ob. S. 41 f.) macht er sich zu eigen (VDB 45).

Anders vor ihm *Wach (171).* Ihm gilt als zweifellose Wahrheit, dass es überhaupt kein objektives Kriterium gibt, das das Beschimpfende vom nicht Beschimpfenden zu scheiden vermöchte. «Dasselbe Wort kann der Ausdruck heiligen Ernstes, tiefer religiöser Ueberzeugung oder der verwerflichen Schmähsucht, lästerlicher Frivolität sein.» «Die Gesinnung, der Wille, herabzuwürdigen, schnöde Verachtung zu bezeigen, das, was anderen hoch und heilig ist, ins Gemeine herunterzuziehen, drückt der Aeusserung den Stempel der Beschimpfung auf.» Die Ausscheidung der nicht strafbaren Fälle möchte Wach schon de lege lata durch subjektivistische Auslegung des Beschimpfungsbegriffs vornehmen.[21]

[21] Ihm ist die II. Strafkammer des Landgerichts Leipzig im sog. Tolstoj-Prozess gefolgt, worüber *Reichel* 104 ff. ausführlich berichtet. Die inkriminierte, in Tolstojs «Antwort an den Synod» enthaltene schroffe Kritik sei eine von tiefster innerster Ueberzeugung getragene Polemik, deren Ausdrucksweise ein Erkennungszeichen heiligsten Ernstes, ein glühender Ausdruck positiver Bekennerschaft, tiefechter Religiosität. Aus der Form allein lasse sich eine Subsumtion unter den Beschimpfungsbegriff nicht herleiten. Die auf Freispruch lautende Urteilsbegründung stellt sich in Widerspruch zu der uns bekannten reichsgerichtlichen Praxis unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Lehre von Wach. Die an dieses Urteil geknüpften Hoffnungen blieben in der Folge unerfüllt, die in ihm zum Durchbruch gekommene subjektivistische Auslegung des Beschimpfungsbegriffs vermochte sich nicht durchzusetzen. Dass dies keineswegs zu bedauern ist, wird am Schlusse dieses Abschnittes noch zu zeigen sein.

Eine eigenartige, gleichfalls subjektivistische Theorie entwickelt zum geltenden deutschen Recht *Beling* (6 ff.). Dem objektiven Gehalt des Beschimpfenden ist mit dem Kriterium der «rohen Form» nicht beizukommen. Entscheidend ist die sachliche Antithese Heiliges — Antiheiliges. (Im Bewusstsein des Angegriffenen.) Heiliges wird immer dann beschimpft, wenn es als des Heiligen Gegenteil behandelt wird. Mit dieser Voraussetzung ist Beschimpfung im objektiven Sinne stets gegeben. Die Schuldfrage hingegen ist je nach dem religiösen Empfinden des Täters zu beantworten. Mit Beschimpfungsvorsatz handelt, wem das Angriffsobjekt kraft eigener religiöser Ueberzeugung heilig oder wenigstens nicht widerheilig ist. Greift jemand kirchliche Einrichtungen an, ohne sie als antireligiös zu empfinden, so ist sein Handeln aus «gemeinem Motiv» erwachsen, etwa aus der Lust am Skandal, und ist daher strafbar. Keinen Beschimpfungsvorsatz und daher nicht straffällig ist, wer sich an einer von anderen als heilig verehrten Einrichtung vergreift, weil er sie für das Widerspiel des Göttlichen hält. «Ihm stellt sich die Einrichtung als eine tief verletzende dar, die schimpflich *ist*, die nicht *er* beschimpft.» Dies gilt in gleicher Weise für den evangelischen Geistlichen, der den Marienkultus brandmarkt, für den Katholiken, dem die Priesterehe ein Konkubinat ist, wie für den strenggläubigen Juden, der eine mit der Göttlichkeit Christi zusammenhängende Einrichtung, als dem monotheistischen Gottesgedanken widerstreitend, verwerflich nennt. Die Form, in die alle diese Aeusserungen, die strafbaren wie die straflosen, gekleidet werden, ist ohne Belang. Hinter würdigstem sprachlichem Gewande kann die verwerflichste Gesinnung vorhanden sein, wie umgekehrt die «rohe Form» keineswegs einen Beschimpfungsvorsatz indiziert. Das gemeine Motiv des Täters ist für die Strafbarkeit der Tat entscheidend.

So verschieden jede der drei hier kurz skizzierten Theorien [22] auch begründet ist — das ihnen Gemeinsame besteht in der Hervorkehrung der gemeinen Absicht als einer unerlässlichen Voraussetzung der Strafwürdigkeit und damit zugleich der Strafbarkeit selbst. Dies Ergebnis mag zunächst sehr ansprechen, hält aber einer näheren Prüfung nicht stand. Das am nächsten liegende Bedenken ist kriminalpolitischer Natur: Es liegt nicht im Interesse des konfessionellen Friedens, Fanatikern und religiösen Glaubenseiferern einen Freibrief für ungezügelte Propaganda und Kritik zu gewähren.

[22] Zu deren Kritik vgl. die Ausführungen von *Kohlrausch* 76 ff.

Schwerer wiegt ein praktischer Einwand: der Hinweis auf die Schwierigkeiten, die in den meisten Fällen bei der Feststellung einer verwerflichen Absicht auftreten würden. Anhand der schweizerischen Judikatur lässt sich dieses praktische Bedenken überzeugend erhärten.

In zwei Entscheiden bekennt sich das Bundesgericht ausdrücklich zur subjektiven Theorie. Es nimmt eine Aeusserung als beschimpfend an, «wenn sie sich lediglich als eine rohe und gemeine Herabwürdigung aus unlauterem Motiv darstellt» (BGE 35 I 358: Fall Richter) und in anderer Formulierung: «wenn die Kritik in einer Beschimpfung oder Verhöhnung besteht, die roher oder gemeiner Gesinnung entspricht und nicht als ernsthafte Rechtfertigung eigenen Glaubens oder Unglaubens erscheint» (BGE 39 I 356: Fall Schnyder).

Schon diese beiden Entscheide, von denen der erste auf Gutheissung, der zweite auf Abweisung des Rekurses lautete, lassen juristisch befriedigende Ausführungen in bezug auf das zum Grundsatz erhobene subjektive Merkmal vermissen. Nicht von ungefähr. Denn von welchen Prämissen aus soll das der Tat zugrunde liegende Motiv überhaupt deduziert werden? Weder Form noch Inhalt der Aeusserung noch die besonderen Verumständungen des Einzelfalles vermögen in der Regel die gesuchte Einsicht in die Beweggründe der Handlung zu vermitteln. Man prüfe daraufhin folgende zwei Rekursfälle:

Fall *Borellini:* In den Artikeln und Bildern des inkriminierten, in Rom erscheinenden antiklerikalen Witzblattes «L'Asino» wird die katholische Priesterschaft der Beteiligung an unsittlichen Vorgängen und schmachvollen Begangenschaften beschuldigt, der Papst unter der Bezeichnung «Bepi» verhöhnt, die katholische Kirche als «Baracke» bezeichnet. Entscheide, wer will: handelt es sich hier um ernsthafte Kritik gewisser Zustände der katholischen Kirche und — wie das Bundesgericht es verlangt — im Rahmen erlaubter sachlicher Rechtfertigung eigenen Glaubens oder Unglaubens, oder bloss um den Ausdruck verwerflicher Gesinnung, das, was anderen heilig ist, in den Kot herunterziehen? Das st.-gallische Kantonsgericht hat den Zeitungsverträger Borellini wegen Friedensgefährdung verurteilt, das Bundesgericht hat letztere verneint und den Rekurs geschützt. Das Problem der gemeinen Absicht wurde in beiden Instanzen mit Stillschweigen übergangen (BGE 35 I 639 ff.).

Im Falle *Scherrer* wird diese Frage von beiden Instanzen beantwortet. Auf Grund des gleichen Tatbestandes vertreten aber Kantonsgericht St. Gallen und Bundesgericht hinsichtlich des subjektiven Merkmals die genau entgegengesetzten Standpunkte. In der kantonsgerichtlichen Urteilsbegründung heisst es:

Die Vergangenheit des Beklagten lässt ihn als einen religiös in sich zerfallenen, unruhigen und phantastischen Menschen erscheinen. Von Jugend auf ein Grübler, hat er sich von Zweifeln gequält, erst dem Spiritismus und Okkultismus ergeben, um sich endlich einer sogenannten «Bibelforschung» zuzuwenden, deren, im Gegensatz zu seinem bisherigen Glauben stehenden Ergebnisse er nun als die alleinige Wahrheit mit fanatischem Eifer vertritt. Dieser besondere Seelenzustand des Beklagten lässt ein subjektives Verschulden in einem wesentlich milderen Lichte erscheinen. Und wenn auch aus der Art und Weise, wie der Beklagte im gegebenen Fall vorgegangen ist, auf eine gewisse Roheit seines Charakters geschlossen werden muss, so erscheint es doch anderseits durchaus glaubhaft, dass die Triebfeder zur angeklagten Handlung weniger in Bosheit und Frivolität, als vielmehr in dem Bestreben lag, andere von der Richtigkeit seiner Anschauungen zu überzeugen.

Das Bundesgericht dagegen führt aus:

Nun weist aber das ganze Verhalten des Rekurrenten ... unzweifelhaft darauf hin, dass es ihm bei seiner Demonstration nicht sowohl um eine ernsthafte Widerlegung der damit kritisierten Transsubstantiationslehre ..., als um eine Herabwürdigung und Verspottung ihrer Anhänger und damit um eine Verletzung derselben in ihren religiösen Gefühlen zu tun war (BGE 40 I 370 ff.).

Im Lichte dieser Erfahrungen besehen, ist der Verzicht des StGB, im Tatbestand des Art. 261 I das subjektive Merkmal der gemeinen Gesinnung aufzunehmen, wohl gerechtfertigt und begrüssenswert. Dem Richter wird dadurch die Aufgabe erspart, bei der Prüfung des Tatbestandes über Lauterkeit oder Gemeinheit, über das Bekenntnishafte oder Frivole der täterischen Absicht entscheiden zu müssen. Hier objektiv zu Gericht zu sitzen, unbeeinflusst von der eigenen Weltanschauung und religiösen Ueberzeugung, würde eine Unabhängigkeit voraussetzen, deren auf unserem Gebiete wohl kein Mensch sich rühmen darf.

Allerdings bleibt dem Richter die Prüfung der Beweggründe der Tat anderweitig vorbehalten. Sie sind, hier wie überall sonst, in der Strafzumessung zu berücksichtigen und spielen auch für einen allfällig zu erkennenden bedingten Strafvollzug (Art. 41 StGB) eine Rolle. In diesem Bereiche bleiben die erwähnten Beweisschwierigkeiten naturgemäss zwar ebenfalls bestehen, nicht jedoch — und das ist ein wesentlicher Unterschied — für die Subsumtion des konkreten Einzelfalles unter den Tatbestand des Artikels. Auf die

Strafmessung beschränkt, lassen sie auch die prävenierende Wirksamkeit der Strafdrohung unbeeinträchtigt, was nicht der Fall wäre, wenn die Strafbarkeit der Tat davon abhängen würde, ob der Täter aus achtenswerten Beweggründen oder in verwerflicher Schmähsucht gehandelt hat.

C. Abs. 2.

«Wer eine verfassungsmässig gewährleistete Kultushandlung böswillig verhindert, stört oder öffentlich verspottet.»

I. Die verfassungsmässig gewährleistete Kultushandlung.

In den früheren kantonalen Strafgesetzen war das Objekt der strafbaren Handlung, von sachlich unwesentlichen verbalen Abweichungen abgesehen, der Gottesdienst, daneben etwa noch gottesdienstliche Verrichtungen. Geschützt war der *öffentliche Gemeindekultus*, das heisst jede zum Zweck der Verehrung des höchsten Wesens einer Religionsgesellschaft vor einer Personenmehrheit vorgenommene religiöse Zeremonie (vgl. *Zeller*, Komm. N. 5 lit. a zu § 88 des zürcherischen Strafgesetzbuches), also neben dem eigentlichen Gottesdienst auch Taufe, Konfirmation, Abendmahlsfeiern, kirchliche Trauung, kirchliche Abdankung (Trauergottesdienst). Dieser Schutz wurde teils auf die Landeskirchen allein, teils auf staatlich anerkannte, bzw. geduldete Religionsgesellschaften beschränkt und ausserdem vielfach von der Begehung an bestimmt umschriebenen Orten, etwa in Kirchen oder anderen religiösen Versammlungsorten abhängig gemacht (vgl. über Einzelheiten *König*, 123 ff., 132 ff.).

Die Vorarbeiten zu einem einheitlichen schweizerischen Strafgesetz waren von Anbeginn an durch die Tendenz gekennzeichnet, alle bisherigen kantonalen Beschränkungen preiszugeben. Im VE 1894 (Art. 94 II) war geschütztes Objekt der «Gottesdienst» schlechthin, alternativ mit diesem nannten die folgenden VE, so noch VE 1908 (Art. 187 I) die «gottesdienstliche Handlung». Als Gottesdienst definiert *Stooss* jede Vereinigung von Menschen, welche die Verehrung Gottes und die gemeinsame Pflege des Verhältnisses zu Gott zum Zwecke hat. Unerheblich ist, ob der Gottesdienst von einer staatlich anerkannten oder einer freien Gemeinde gefeiert wird. Auch auf den Ort der Vornahme der kirchlichen Funktion soll es nicht ankommen, ebensowenig auf deren Oeffentlichkeit. Zu schützen wären demnach der Versehgang des Priesters, die kirchliche Prozession, die Einsegnung der Leiche und des Grabes, anderseits

der Privatgottesdienst, die Taufe im Hause, das Leichengebet im Hause (Motive zum VE 1894, 181, Z 17 164).[23]

Eine neue Formulierung erhielt der Tatbestand in der 2. grossen ExpKomm. Nachdem laut Antrag Burckhardt neben dem religiösen Glauben auch der Unglaube unter strafrechtlichen Schutz gestellt worden war, ergab sich die Notwendigkeit, das Angriffsobjekt in den Abs. 2 und 3 allgemein zu fassen, derart, dass auch freidenkerische Vereinigungen, etwa der Monistenbund, mitgeschützt würden. An die Stelle von «Gottesdienst oder gottesdienstliche Handlung» trat der umfassendere terminus: «Kultushandlung». Der Zusatz: «verfassungsmässig gewährleistet» erscheint überflüssig. Denn es steht auch ohnehin fest, dass der strafrechtliche Schutz, mag das Objekt tatbestandlich noch so allgemein formuliert sein, nicht über die in der BV gezogenen Schranken gehen darf. Dies hat auch Burckhardt festgestellt, indem er sagte: «Mehr als die BV in Art. 50 gewährleistet, können wir nicht schützen.» Und doch glaubte er, diese Schranken tatbestandlich fixieren zu müssen, um den gegen seinen Antrag erhobenen Vorwurf «einer gewissen Uferlosigkeit» zu entkräften. Der Fetischkult oder sonstige Handlungen, die durch die BV nicht garantiert sind, hätten auf den strafrechtlichen Schutz auch dann keinen Anspruch, wenn «Kultushandlungen» schlechthin gegen Störungen geschützt wären. Immerhin: superflua non nocent.

Nach Art. 50 I BV ist die freie Ausübung der gottesdienstlichen Handlungen innerhalb der Schranken der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung gewährleistet.[24] Wie der Begriff der Kultusfreiheit ein bundesrechtlicher ist, so sind es dies auch die Begriffe der Sittlichkeit und öffentlicher Ordnung (BGE 57 I 116, 51 I 500, 54 I 102 u. ö.).

Die *Sittlichkeit* im Sinne des Art. 50 I BV ist nicht der Inbegriff der Gebote der moralischen Ordnung unter Einschluss der staatlichen Rechtsordnung (so definiert den umfassenden Grundbegriff *Lampert* 220). Sie ist vielmehr «die als notwendige Grundlage des Staates anerkannte, das heisst rechtlich geschützte sittliche

[23] Vgl. *Zürcher* 340: «Der Bittgang, der Waldgottesdienst, die Predigten, Gebete und Gesänge der Heilsarmee auf öffentlichen Plätzen, der Hausgottesdienst.»

[24] Vgl. hiezu Botsch. des BR vom 4. Juli 1873 (BBl. 1873 II 965): «Die Ausübung einer Religion ist ein Ausfluss der individuellen Freiheit in gleicher Weise wie die andern Urrechte des Individuums. Diese Ausübung findet ihre Schranke nur in der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten. Jeder Kultus, welcher diese Schranken respektiert, hat ein Anrecht, nicht bloss auf Duldung, sondern auf den Schutz des Staates.»

Ordnung» (BGE 34 I 261, 35 I 353).[25] Unsittlich im Rechtssinne sind daher Handlungen, die der Staat verbietet, weil sie dem staatlich geschützten ethischen Minimum nicht mehr entsprechen (vgl. die bundesrechtliche Praxis in der Mormonenfrage, ob S. 25 ff.).

Die «*öffentliche Ordnung*» hat weltlichen Charakter: nicht darunter fallen Gesetze, Verordnungen usw., die auf Parteinahme des Staates in religiösen Angelegenheiten beruhen (so *Vogt* 7), sondern nur solche Vorschriften, die im Interesse der Allgemeinheit aus polizeilichen Rücksichten, zum Schutze der Sicherheit, Ruhe, Gesundheit usw. erlassen werden.[26] Bedeutung und Tragweite dieses Begriffes wird aus einigen noch zu besprechenden BGE über die Zulässigkeit von bestimmten Kultushandlungen unter besonderen Verhältnissen zu ersehen sein.

In den Schranken der Sittlichkeit und öffentlichen Ordnung ist demnach jede Kultushandlung verfassungsmässig gewährleistet. Hieher gehören: der eigentliche Gottesdienst einer Religionsgesellschaft sowie sonstige Handlungen gottesdienstlicher Natur. Dies festzustellen, ist Tatfrage. Entscheidend sind die Gesetze und Gebräuche der einzelnen Konfessionen und Religionsgesellschaften betreffend den Kultus und Ritus. Unzulässig ist es, wie *Lampert* 207 es tut (so auch *Studer* 135), dem Kultus einer atheistischen Vereinigung, etwa des Monistenbundes, die Garantie des Art. 50 BV a priori zu versagen, da dieser Kultus «trotz seines rituellen Aufputzes und der Verwendung von Symbolen» keine gottesdienstliche Bedeutung habe; verfassungsmässig garantiert sei nur der Kultus, der «hervorgeht aus Gesinnungen des Glaubens an einen persönlichen Gott und Weltschöpfer, als das vollkommenste Wesen, das von Ewigkeit den Grund seines Seins in sich selber hat». Diese Einschränkung kennt die BV nicht. Im Sinne der Kultusfreiheit ist die freie Kultusübung auch denen zugesichert, deren Ueberzeugung in Glaubenssachen dem überkommenen monotheistischen Gottesbegriffe zuwiderläuft, sofern sie sich im übrigen in den Schranken der Sittlichkeit und öffentlichen Ordnung hält. Hier wie sonst wird der Richter zu prüfen haben, ob eine Kultushandlung nach den Satzungen der be-

[25] So neuerdings auch *Clerc* 68: «N'est contraire aux bonnes mœurs que l'acte qui tombe sous le coup du code pénal, c'est-à-dire l'acte contraire aux principes de morale que l'Etat entend sauvegarder par le droit pénal.»

[26] Nach der Definition von *Freuler* 31 ist öffentliche Ordnung derjenige «Zustand innerhalb des Staates, welcher durch die im Polizeirechte inbegriffenen Verordnungen und Verfügungen statuiert und aufrecht erhalten wird», vgl. *Lampert* 221 f., BGE 38 I 491 f., 54 I 98 ff.

treffenden Gemeinschaft gegeben sei und bejahendenfalls den angerufenen strafrechtlichen Schutz gewähren. In der 2. grossen ExpKomm. hat dies C. Chr. Burckhardt gerade in bezug auf den Monistenbund ausdrücklich festgestellt (Prot. 4 321 f.).

Gerechterweise sollte der gleiche Maßstab auch für eine Kultushandlung gelten, die von den katholischen Gläubigen aufs höchste verehrt, in verschiedenen konfessionell gemischten Gemeinden und Kantonen vielfach mit Spezialgesetzen unterdrückt wurde. Wir meinen die *Prozessionen*. Es ist ihnen zwar nie und von keiner Seite der Charakter einer Kultushandlung abgesprochen worden,[27] doch hat man vielfach teils bestritten, dass eine zwingende Notwendigkeit öffentlicher Kundgebungen dieser Art zugegeben werden könne (so u. a. *Samuely* 22), teils das Verbot von Prozessionen mit Rücksichten auf die öffentliche Ordnung zu begründen bzw. zu rechtfertigen gesucht. Das Verkehrsinteresse ertrage die Inanspruchnahme von öffentlichen Strassen durch Prozessionen nicht: dies ist das meist vorgebrachte Argument verkehrspolizeilicher Natur. Neben oder mit ihm ging ein kultuspolizeilicher Einwand: dass es im Interesse der Wahrung des konfessionellen Friedens liege, Andersgläubige vor Verletzung ihres religiösen Empfindens vorbeugend zu schützen. Von diesen Ansichten hat sich auch das Bundesgericht im Falle der Gemeinde Wald (Kt. Zürich) vom Jahre 1923 nicht ganz freizumachen vermocht. Es müsse ein gewisses Mass von Duldung auch gegenüber den äusseren Kundgebungen der Andersgläubigen gefordert werden, Prozessionsverbote könnten heute, anders als in Zeiten aussergewöhnlicher konfessioneller Aufregung, «normalerweise» nicht mehr zu Recht bestehen. Die Katholiken werden jedoch angehalten, die äussere Kultusübung tunlichst auf dasjenige Mass zu

[27] Vgl. BGE 49 I 151: «Prozessionen, das heisst geordnete Aufzüge oder Umzüge des Klerus und der Gläubigen innerhalb oder ausserhalb des Kirchengebäudes, sind ein Bestandteil der katholischen Religionsübung und damit gottesdienstliche Handlungen im Sinne von Art. 50 der BV. Als öffentliche Kundgebung der religiösen Ueberzeugung ‚entspringen sie (nach Hergenröther-Kaulen, Kirchenlexikon) aus dem inneren Drange, der Glaubensfreude, der Bussgesinnung und dem flehentlichen Gebete bei allgemeinen Bedrängnissen über die Grenzen des Altars und der geschlossenen Kultstätte hinaus Raum zu geben' und sind nicht nur mit dem Zweck des Bittgangs, sondern auch als Dank- und Ehrenbezeugung und als besondere Feierlichkeiten schon früh üblich geworden, wobei für die mit besonderer Solennität durchgeführte Fronleichnamsprozession ein eigenes Ritual gilt.» Unter Bezugnahme auf Can. 1290/1291 des Codex juris canonici 1917 schliesst das Bundesgericht, dass die Natur der Prozession als eines wesentlichen Bestandteiles des Gottesdienstes ausser Frage stehe.

beschränken, «was zur Erfüllung der Glaubensregel geboten ist» und «soweit sie als Ausfluss eines inneren Bedürfnisses erscheint». Das allgemeine Interesse der Verkehrsfreiheit habe vor dem besonderen Interesse der Kultübung den Vorrang, falls ein Ausgleich unmöglich ist. Die Prozession könne heutzutage nicht mehr als eine Demonstration gegen die Ketzer aufgefasst werden und dürfte für die öffentliche Ordnung in der Regel ungefährlich sein. Anderseits aber wird die Möglichkeit hervorgehoben, dass unter Umständen der Prozession der Charakter eines unnötigen Zurschaustellens oder gar einer Herausforderung oder eines Werbemittels doch noch zukommen könne, was deren Verbot rechtfertigen würde (BGE 49 I 138 ff.).[28]

Auch in dieser Frage[29] wollen wir den Protestanten C. Chr. Burckhardt zu Worte kommen lassen, der zu der 1911 in Basel-Stadt erfolgten Aufhebung des Prozessionsverbotes aus dem Jahre 1822 im Bericht des Justizdepartements u. a. folgendes ausführt:[30] «Der Staat sollte stark und tolerant genug sein, auch dies fallen zu lassen. Unsere Bevölkerung sollte in der Duldsamkeit so weit gediehen sein, dass sie bei der römisch-katholischen Kirche gewisse Zeremonien, die sie selbst in der Mehrzahl nicht mitmacht, auch in der Oeffentlichkeit erträgt. Sie erträgt auch Festzüge ganz anderen verkehrshindernden Umfangs, Vereinsparaden und Versammlungen aller denkbaren Art. ‚Unsittlich' oder ‚die öffentliche Ordnung gefährdend' oder ‚konfessionell verletzend' ist in jenen Aufzügen und Versammlungen — das heisst Prozessionen — nichts.»

Der Begriff der Kultushandlungen umfasst nicht nur Akte, die Bestandteil eines von einer Religionsgenossenschaft veranstalteten eigentlichen Gottesdienstes sind. Verfassungsmässig gewährleistet sind daneben nach Sinn und Zweck des Art. 50 BV auch alle *Akte individueller Gottesverehrung* (vgl. BGE 38 I 490). So das Gebet, die Privatandacht und dergleichen. Hieher gehören aber auch die (von *Burckhardt,* Komm. 463 sog.) «uneigentlichen» Kultushandlungen, die in einer vom Kultus vorgeschriebenen Form einen weltlichen Zweck verfolgen, so das Erteilen religiösen Unterrichts, die Kolportage religiöser Schriften, das Kollektenwesen, Gesundbeten, Schäch-

---

[28] Mit Recht nennt *Burckhardt* Komm. 465 dies Urteil «unsicher in der Begründung und halb in der Entscheidung».

[29] Vgl. *Vogt* 8, *Freuler* 110 ff., *Studer* 74 ff., *Lampert* 230 ff.

[30] Der Bericht konnte nicht eingesehen werden. Das Zitat entnehmen wir *Studer* 82.

ten der Juden. Im folgenden seien einige dieser Fälle des näheren erörtert mit Rücksicht darauf, dass das Bundesgericht sich über deren Zulässigkeit verschiedentlich auszusprechen hatte.

Zunächst das *Schächten* nach jüdischem Ritus. Es handelt sich hier um ein auf biblischem Gewohnheitsrecht beruhendes religiöses Gebot, mithin um eine Kultushandlung. Dies ist vom Bundesrat anerkannt worden, als es galt, bis zum Erlass des Art. 25bis BV, in Rekursfällen gegen kantonale Schächtverbote zu entscheiden (vgl. insb. BBl. 1890 I 661 f.). Das Schächtverbot der BV, dessen Vorgeschichte nicht hieher gehört, nimmt dem Schächten keineswegs den Charakter einer Kultushandlung, verbietet es aber für das Gebiet der Eidgenossenschaft, weil es der Sittlichkeit widerspreche. Das Verbot bezieht sich aber nur auf das Gross- und Kleinvieh, das Schächten von Geflügel ist nach wie vor gestattet (BGE 33 I 733, Erw. 3). In diesem beschränkten Umfange haben wir es also mit einer Kultushandlung zu tun, die vom Strafrichter gegen rechtswidrige Angriffe wegen Störung verfassungsmässig garantierter Kultusfreiheit zu schützen wäre (über die Schächtfrage berichtet ausführlich *Wyler* 157 ff.).

Inwieweit das *Gesundbeten* eine Kultushandlung sei, die verfassungsmässigen Schutz geniesst, hängt davon ab, ob durch diesen Akt individueller Gottesverehrung schutzwürdigere Interessen der Gesamtheit, namentlich die Volksgesundheit, nicht beeinträchtigt werden. Das Bundesgericht hat hier die Grenze u. E. klar gezogen. Als durch Art. 50 BV geschützt und aus dem Gesichtspunkt der Wahrung der Volksgesundheit nicht verfolgbare Tätigkeit hat es das Gesundbeten im Falle Rüetschi erklärt (BGE 38 I 484 ff.). R. pflegte die ihn aufsuchenden Kranken zu fragen, ob sie an die Möglichkeit einer Heilung glaubten. Wurde dies bejaht, pflegte er für sie zu beten, das heisst Gott um Gewährung der Heilung anzugehen. Unter diesen Umständen ist das Gebet als die Bitte an die göttliche Macht um Erfüllung eines Wunsches ohne Zweifel ein schutzwürdiger Akt der Gottesverehrung, dem auch die entgegengenommene Entlohnung diesen Charakter nicht zu nehmen vermag. Verfolgt das Gesundbeten darüber hinaus den Zweck, den Kranken vom Arzte fernzuhalten, etwa durch Zusicherung der Heilung, vorausgesetzt, dass auf die Macht des Gebetes vertraut und auf ärztliche Behandlung verzichtet würde, so ist dies eine die Volksgesundheit schädigende Tätigkeit und als solche des verfassungsmässigen Schutzes nicht teilhaftig. So Fall Forster (BGE 51 I 504).

Wird die *Kolportage* religiöser Schriften, wie etwa die Bibelforscher es tun, als eine Kultushandlung betrachtet, so gilt für sie die Garantie der BV nur, sofern sie allfällige auf die Kolportage bezügliche kantonale Erlasse respektiert. Sie kann sich weder der Hausiergesetzgebung entziehen noch ein allgemeines Verbot der Kolportage an Sonntagen missachten. In gleicher Weise ist das *Sammeln von Beiträgen zu religiösen Zwecken* den allgemeinen Vorschriften über Kollekten unterstellt (BBl. 1883 III 401, BGE 54 I 98 ff., 56 I 439).

Diese Fälle dürften den allgemeinen Grundsatz genügend veranschaulicht haben: dass für die Frage der Qualifikation als Kultushandlung die Satzungen der betreffenden Gemeinschaft massgebend sind, dass aber eine solche Kultushandlung von der BV nur geschützt wird, wenn sie sich in den Schranken der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung hält. Die gleichen Gesichtspunkte gelten auch für den Strafrichter, wenn er die Vorfrage zu beantworten hat, ob eine Kultushandlung taugliches Angriffsobjekt einer von Privatpersonen bewirkten Störung der Kultusfreiheit ist oder nicht.

II. Die strafbare Tätigkeit.

Die kantonalen Gesetze bezeichnen die Handlung meistens als «stören», «hindern» bzw. «verhindern», zuweilen als «unterbrechen», vereinzelt noch alternativ mit «beschimpfen» (so Schwyz und Graubünden), vgl. *König* 125 f. Im VE 1894 kommen die Ausdrücke «stören oder hindern» vor, ebenso VE 1896 und 1903; VE 1908 nennt dazu noch «öffentlich beschimpfen». Letzterer terminus ist im E 1918 durch «öffentlich verspotten» ersetzt, so auch die endgültige Fassung des Art. 261 StGB. Wiederaufgenommen erscheint in ihm alternativ auch das «verhindern» (vgl. Baumann: StenBull StR 41 556, 557), welches im E 1918 ausgelassen war, nachdem dessen Streichung in der 2. grossen ExpKomm. mit 15 gegen 7 Stimmen angenommen wurde (Prot. 4 333).

Die Begriffe «*stören*» und «*verhindern*» bieten der Auslegung keine Schwierigkeiten. Störend ist jedes Verhalten, wodurch eine begonnene Kultushandlung in ihrem geordneten Fortgang durch äussere Beeinflussung irgendwie beeinträchtigt wird, einerlei ob für kürzere oder längere Dauer. Verhindert ist eine Kultushandlung, wenn deren Beginn oder Fortgang zeitweilig oder ganz verunmöglicht wird.

Mit Bezug auf individuelle Kultushandlungen (Akte individueller Gottesverehrung, ob. S. 68 ff.) ist die Subsumtion der strafbaren Tätigkeit unter die Begriffe des «Störens oder Verhinderns» einfach und bedarf keiner näheren Erörterung. Ist das angegriffene Objekt ein Gemeindekultus, so ist er als gestört anzusehen, wenn die Beeinträchtigung allgemeineren Charakter annimmt und mindestens eine Anzahl Gemeindemitglieder betrifft. Anderseits ist es nicht erforderlich, dass die Störung in Anwesenheit des Geistlichen stattfindet, oder dass dieser gerade einen Kultusakt vornimmt oder selber von der Störung unmittelbar betroffen sein muss (vgl. *Kahl* VDB 58). Eine äusserlich in Erscheinung tretende Unterbrechung der Kultushandlung ist nur für den Begriff des Verhinderns wesentlich.

Nur auf den Gemeindekultus bezieht sich die in einem «*öffentlichen Verspotten*» bestehende Tätigkeit. Bereits *Stooss* hatte sie für den VE 1894 ins Auge gefasst, von deren Aufnahme in den Tatbestand aber abgesehen: «Da die Beschimpfung einer gottesdienstlichen Handlung diese stört oder hindert, so ist auch die Beschimpfung eines Kultusaktes strafbar» (Z 17 165). Zum VE 1908, der — wie oben erwähnt — den Tatbestand öffentlicher Beschimpfung zuerst hervorhebt, bemerkt *Zürcher:* «Die Teilnehmer sind beschimpft, wenn über die Handlungen, welche sie vorzunehmen im Begriffe sind, geschimpft wird.» Er stellt fest, dass damit nicht der Gottesdienst eines Bekenntnisses als kirchliche Einrichtung, sondern nur der konkrete gottesdienstliche Vorgang geschützt erscheint, und gibt zu, dass eine solche öffentliche Beschimpfung der Teilnehmer an einer gottesdienstlichen Handlung einer Störung durch Gewalt nahe komme (Erl. 341). Aus diesem Grunde wurde in der 2. grossen ExpKomm. von *Lang* der Antrag auf Streichung dieses als überflüssig erachteten, durch den Begriff des Störens hinlänglich gedeckten Zusatzes gestellt (Prot. 4 322), wogegen sich in der Abstimmung 12 gegen 8 Stimmen aussprachen (Prot. 4 333). Wohl zufolge einer Anregung von *Lohner* (Prot. 5 87) durch «öffentlich verspottet» ersetzt, ist der Zusatz im E 1918 und, in den Beratungen der Bundesversammlung unbeanstandet, auch im bereinigten Text des Art. 261 StGB beibehalten worden.

Von der in den meisten kantonalen Gesetzen vorkommenden Aufzählung der Verhinderungs- und Störungs*mittel* der strafbaren

Handlung (vgl. *König* 127 ff.) sieht das Gesetz — mit Recht — ab: strafbar ist jede Art der Begehung, durch Tätlichkeiten, Gewalt, Zwang, Drohung, Lärm usw.

III. Der subjektive Tatbestand.

In subjektiver Hinsicht macht das Gesetz die Strafbarkeit der Tat von deren «*böswilligen*» Verübung abhängig. Der Täter «muss (nach *Thormann-v. Overbeck*, N. 23 zu Art. 261), im Gegensatz zu einem nur mutwillig Handelnden, gerade an dem störenden oder anstössigen Charakter seines Verhaltens eine gewisse Befriedigung finden». Aehnlich *König* 176 f.: «Böswilligkeit als Unterart der Absicht liegt vor, wenn der Täter in der rechtswidrigen Handlung sein Genügen und seine Befriedigung sucht. Bei der Kultstörung äussert sich die Böswilligkeit darin, dass die Handlung direkt auf die Störung oder Beschimpfung der gewährleisteten Kulthandlung gerichtet ist und der Täter an diesem Erfolg seine Freude und Genugtuung zu erleben trachtet. In böser gemeiner Absicht muss um dieses Endzweckes willen die Kultstörung gewollt sein».[31]

Demgemäss bliebe, wie *König* 177 schlussfolgert, die freie Kultusübung gegenüber religiösem oder atheistischem Eifer ungeschützt: der subjektive Tatbestand wäre nicht erfüllt in allen jenen Fällen, «wo der störenden Handlung achtenswerte Motive, wie heiliger Zorn, stürmischer Wahrheitsdrang u. dgl. zu Grunde liegen». Eine in der Tat «bedenkliche Konsequenz», der das Gesetz für den Tatbestand des Abs. 1 aus dem Wege gegangen ist, indem

[31] So wird das Merkmal der Böswilligkeit (vgl. Art. 160, 161, 217, 262 StGB) in Theorie und Praxis ständig ausgelegt, vgl. BlZürR 1 Nr. 22: «Die Böswilligkeit engt den Begriff des Vorsatzes ein, dadurch, dass sie ihn in bestimmter Beziehung zur Gesinnung und zum Motiv des Täters bringt.» *Kahl*, Festschrift für Brunner 241, führt über den Begriff im allgemeinen aus, «dass verschiedenes darunter verstanden werden kann und muss, je nach dem Gegenstande, auf den (die Böswilligkeit) sich bezieht, nach der Person, der sie zuzuschreiben ist, und nach den Umständen, unter denen sie verübt wird ... Immer bleibt zwar eine gemeinsam schmutzige Grundfarbe, die besondere Verwerflichkeit und Gemeinheit des Beweggrundes und Zweckes, d. h. der beim Tun gesuchten Selbstbefriedigung und in jedem Falle also eine schlechtere Qualität der beiden Vorsatzkomponenten Wissen und Wille. Diese Qualität aber besteht bald in böser Lust, bald in hämischer Freude, bald in feindseliger Gesinnung, bald in teuflischer Frivolität, bald in der Verbreitung von Furcht und Schrecken, bald in der Weide am Unglück, bald auch in nichts anderem als in der Nutz-, Sinn- und Zwecklosigkeit des Tuns und noch in manchem anderen ...», ähnlich in Festgabe für Frank, 313.

es dort das Vorsatzerfordernis allein hat genügen lassen. Waren denn für die unterschiedliche Regelung im Abs. 2 (wie im folgenden Abs. 3) besondere, nur hier massgebende kriminalpolitische Ueberlegungen vorhanden? Und waren sie derart ausschlaggebend, dass demgegenüber die Nachteile (mangelnder Schutz gegen Angriffe religiöser Eiferer, Beweisschwierigkeiten, vgl. ob. S. 57 ff.) mit in Kauf genommen werden mussten? Oder hätte der Begriff der Böswilligkeit in unserem Tatbestand einen anderen Inhalt? Den nötigen Aufschluss liefert uns, wie wir glauben, die Vorgeschichte dieses Tatbestandsmerkmals.

Nach dem VE 1894 war lediglich vorsätzliche Kultusstörung mit Strafe bedroht, indem der Tatbestand kein einengendes subjektives Erfordernis kannte. Anlässlich der Durchberatung dieser Bestimmung im Schosse der 1. grossen ExpKomm. zitierte *Bezzola* folgenden Fall aus der bundesgerichtlichen Praxis: An einem katholischen Feiertage wurde während des Gottesdienstes in einer nahen Fabrik gearbeitet und dadurch Geräusch verursacht (Verh. 2 38). Damit ähnliche Fälle, in denen eine Kultstörung tatbestandlich zweifellos gegeben ist, trotzdem straflos bleiben können, wurde das Merkmal «böswillig» in den Tatbestand aufgenommen (Verh. 2 39). Mit dieser Aenderung sollte zur Strafbarkeit nicht eine besondere gemeine Gesinnung des Täters verlangt, vielmehr die Widerrechtlichkeit der Handlung selbst verneint werden. In den VE 1896 (Art. 101, so schon Verh. 2 570), 1903 (Art. 183) und 1908 (Art. 187) wurde an Stelle des «böswillig» «absichtlich» gesetzt. Sachlich sollte damit offenbar nichts geändert werden. «Fälle bewusster und notwendiger Störung, wie z. B. durch Fabrikbetrieb, wo der Endzweck offenbar nicht auf Störung gerichtet ist, könnten bei dieser Ausgestaltung des Tatbestandes von unbilliger Bestrafung bewahrt werden», bemerkt *König* 177 unter Berufung auf *Bezzola*, indem er für die endgültige Fassung die Wiederaufnahme der «Absichtlichkeit» postuliert. In der 2. grossen ExpKomm. wurde von *C. Chr. Burckhardt* der Antrag gestellt, statt «absichtlicher» «rohe Störung» zu verlangen. «Es kann Fälle geben, wo man genötigt ist, einen Gottesdienst mit Absicht zu stören. Aber man stört ihn nicht roh. Wer durch die Reihen einer Prozession durchgeht oder vor ihr den Hut nicht abnimmt, stört die Prozession vielleicht absichtlich, aber nicht roh» (Prot. 4 322). Auch hier ist die Tendenz unverkennbar, die nicht strafwürdigen, weil *nicht* als *rechtswidrig* erachteten Fälle

vor Strafe zu sichern,[32] gleichzeitig allerdings auch das Bestreben, die Strafwürdigkeit in Beziehung zur Gesinnung zu setzen. Die Ablehnung des Antrages Burckhardt und die Wiederaufnahme des Merkmals der Böswilligkeit des bereinigten VE 1894 ist u. E. nicht die Sanktionierung der Gesinnungstheorie, sondern die Abkehr von ihr.

Daraus folgt, dass im Sinne des Abs. 2 (und des Abs. 3) eine Tat böswillig ist, wenn sie *im Bewusstsein* ihrer *Widerrechtlichkeit* verübt wird. Der Gegensatz hiezu wäre das vorsätzlich gutgläubige, vermeintlich rechtmässige Verhalten.

Bestünde die andere, eingangs erwähnte Auslegung zu Recht, wonach die aus achtenswerten Motiven bewirkte Kultstörung Straffreiheit geniesse, so würde die Bestimmung der Vorwurf treffen, dass sie es sei, die die freie Kultübung in verfassungswidriger Weise beeinträchtige und den konfessionellen Frieden, den sie zu wahren habe, selber gefährde.

D. Abs. 3.

«Wer einen Ort oder einen Gegenstand, die für einen verfassungsmässig gewährleisteten Kultus oder für eine solche Kultushandlung bestimmt sind, böswillig verunehrt.»

Im VE 1894 fehlt noch jegliche Schutzbestimmung hinsichtlich der Kultusorte und Kultusgegenstände. VE 1896 (Art. 101 II) schützt nur die Gegenstände, und zwar mit Beschränkung auf die Zeit, da sie ihrer Bestimmung dienen und auf den Ort ihrer Bestimmung, ebenso VE 1903 (Art. 183 II) VE 1908 (Art. 187 II) lässt diese Beschränkung fallen und zieht ausserdem in den Schutzbereich den Ort, der für den Gottesdienst oder für gottesdienstliche Handlungen bestimmt ist. Die seitherigen Aenderungen bestehen einzig darin, dass in Angleichung an die in der 2. grossen ExpKomm. auf Antrag Burckhardt erfolgte allgemeinere Formulierung der Objekte in den Abs. 1 und 2, dies auch für den Abs. 3 geschehen ist. (Ueber die verfassungsmässig gewährleistete Kultushandlung vgl. ob. S. 62 ff.) In der Folge bot die Bestimmung zu keinen Diskussionen mehr Anlass und sie erscheint im endgültigen Text unverändert in der ihr von der 2. grossen ExpKomm. gegebenen

[32] Ebenso betont *Deschenaux* gerade in bezug auf die Prozession, dass Zuschauer, die den Hut nicht abnehmen, straflos sind, weil in diesem Verhalten nichts Widerrechtliches sei (Prot. 4 329).

Form. Sie stellt auch sachlich den unproblematischsten Tatbestand unseres Artikels dar. Die Auslegung beansprucht nur knappen Raum (vgl. zum folgenden *Stooss*, Z 17 165 ff., *Zürcher* 341, *König* 136 f., 177 ff., *Clerc* 122 f., *Thormann-v. Overbeck*, NN. 25 ff. zu Art. 261, *Kahl* VDB 48 ff.).

Als Kultus*ort* geschützt sind vor allem Kirchen, Betsäle, Privat- (Instituts-, Spital-) Kapellen, Friedhofkapellen sowie jede Oertlichkeit, deren Bestimmung für einen Kultus deutlich erkennbar ist, z. B. unter der genannten Voraussetzung eine Kultstätte unter freiem Himmel. Nicht erforderlich ist, dass die Kultbestimmung eine ausschliessliche oder dauernde sei. Der Ort ist geschützt, auch wenn er vorübergehend zu profanen (künstlerischen, wissenschaftlichen, politischen, geselligen usw.) Veranstaltungen benützt wird, oder nur vorübergehend Kultuszwecken dient (Interimskirche). Er geniesst strafrechtlichen Schutz auch dann, wenn zur Zeit der Tat keine Kultushandlung vorgenommen wird oder wenn überhaupt niemand anwesend ist. Angriffsobjekt sind ausserdem, unter den gleichen Voraussetzungen, für einzelne Kultushandlungen bestimmte Orte, wie Abdankungshallen, Krematorien, Wallfahrtsorte, Friedhöfe (die neben ihrer Bestimmung, Ruhestätte der Toten zu sein, vgl. Art. 262 I StGB, als Ort für das — mit oder ohne religiöse Zeremonie veranstaltete — Begräbnis dienen) usw.

Die für den Kultus oder für eine einzelne Kultushandlung bestimmten *Gegenstände* sind, im Unterschied zu den Gegenständen des Abs. 1, körperliche Sachen. Teils sind es Gegenstände mit kirchlich-symbolischem Sinngehalt, die religiöse Verehrung geniessen, wie Kruzifixe, Heiligenbilder, Reliquien, teils solche ohne religiöse Verehrung, wie Kanzel, Betstühle, Altargerät, Abendmahlskelche und -brot, liturgische Bücher des Geistlichen, Bibeln, gottesdienstliche Gewänder u. dgl. Geschützt sind die Gegenstände solange, als sie ihrer Bestimmung dienen, also vor allem während sie zu Kultuszwecken gebraucht werden, aber auch (abweichend von der einschränkenden Regelung der VE 1896 und 1903, s. oben) ausserhalb des Ortes ihres Gebrauchs. Voraussetzung bleibt, dass der Verwendungszweck unverändert weiterbesteht. Dies gilt namentlich für die Beförderung vom Aufbewahrungs- zum Gebrauchsort und zurück, nicht aber, wenn der Gegenstand einer Werkstatt zur Reparatur oder einem Museum zwecks Ausstellung übergeben, ebensowenig wenn er entwendet wurde.

Das «*Verunehren*» ist ein Betragen, dass in Missachtung des Bestimmungszweckes der Kultusorte und -gegenstände, für deren Benützer unehrerbietig ist (so *Zürcher* 341). Der Begriff deckt sich im wesentlichen mit demjenigen des «beschimpfenden Unfugs» (vgl. *Lang*, Prot. 4 323 und *Thormann-v. Overbeck*, N. 14 zu Art. 261), worunter ungeziemendes Benehmen, Verunreinigen, Besudeln, Beschädigen u. dgl. fällt. Nicht erforderlich ist (wie *Gautier*, Prot. 4 315 es auslegt), dass die Tat sich gegen die Heiligkeit von Ort und Gegenstand richte. Abs. 3 schützt ja auch solche Orte und Gegenstände, denen, wie im Falle freidenkerischer Gemeinschaften, der geheiligte Charakter vollständig fehlt.

Ueber das Tatbestandsmerkmal der *Böswilligkeit* vgl. oben S. 58 ff. und *Gautier*, Prot. 4 315.

E. Die Strafe.

Gegenüber den vielfach abgestuften, meist äusserst rigorosen Strafdrohungen der kantonalen Rechte (vgl. die übersichtliche Zusammenstellung von *König* 146 ff.), sieht das StGB von einer Differenzierung des Strafrahmens ab und begnügt sich mit der Androhung relativ milder Strafen. Der Richter hat auf Gefängnis bis zu sechs Monaten oder auf Busse zu erkennen. Die Mindestdauer der Freiheitsstrafe beträgt drei Tage (Art. 36 I), der Maximalbetrag der Busse Fr. 20'000 (Art. 48 I). Beide Strafarten können zusammen ausgesprochen werden (Art. 50 II). Es steht im Ermessen des Richters, unter den Voraussetzungen der Art. 43 und 49 Ziff. 3/III a. E. den Vollzug der Strafe bedingt zu erlassen, anderseits gemäss Art. 52 II den zu Gefängnis verurteilten Täter zeitweilig in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit einzustellen, wenn die Tat eine ehrlose Gesinnung bekundet.

Der für die hohen Strafen früherer Kodifikationen massgebende religiös-ethische Gesichtspunkt einer besonderen Verwerflichkeit der als Religionsdelikte bezeichneten Handlungen gilt für den religiösneutralen Staat der Gegenwart nicht mehr. So hat das Bundesgericht eine vom Kantonsgericht Schwyz gefällte Gefängnisstrafe von vier Monaten als «auffallend hohes Strafmass» qualifiziert, nur damit erklärbar, «dass der kantonale Richter sich bei seiner Festsetzung von der Auffassung des gesetzlichen Straftatbestandes der Gotteslästerung als eines Vergehens gegen die Gottheit selbst oder gegen die Glaubenslehren einer staatlich anerkannten Konfession

in ihrem objektiven Bestande habe leiten lassen» (BGE 39 I 360: Fall Schnyder). Worauf es heute ankommt, hat *Müller* in der 2. grossen ExpKomm. treffend dargetan: «Niemand will hohe Strafen, und die Prozesse in Religionssachen sind jedem Gericht verhasst. Bei Aufstellung von Strafvorschriften darf und muss auf diesem Gebiete, mehr noch als anderswo, der Grundsatz der Generalprävention massgebend sein. Wir wollen hauptsächlich der Auffassung entgegentreten, dass man sich der religiösen Ueberzeugung anderer gegenüber alles erlauben dürfe» (Prot. 4 330 f., ebenso *Logoz*, StenBull NatR 39 566). Vom Standpunkt der Generalprävention und der Wahrung des konfessionellen Friedens genügt das Strafmass des StGB vollauf. «Wenn wir den gegenwärtigen Rechtszustand in der Schweiz überblicken, so tritt uns eine beruhigende und erfreuliche Tatsache entgegen. Der Geist der Toleranz und des religiösen Friedens hat die konfessionelle Zwietracht überwunden. Dieser Geistesschutz ist wirksamer als alle Strafgewalt. Religionsverbrechen kommen kaum mehr vor. So haben sich alle kantonalen Strafgesetze, so verschieden sie auch gefasst sind, in konstanter Nichtanwendung bewährt.» Diese Worte von *Stooss* (Z 17 171) aus dem Jahre 1904 gelten wie damals so auch heute. Möge dem Art. 261 StGB in der Praxis die gleiche negative Bewährung zuteil werden!